This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

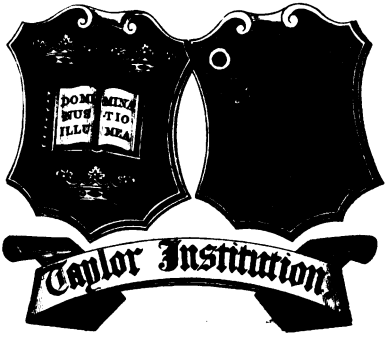
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

92.B.4
NS 12 A005 627



System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Dritter Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.
1840.

Inhalt des dritten Bandes.

Zweytes Buch. Die Rechtsverhältniſſe.

Drittes Kapitel. Von der Entſtehung und dem Untergang der Rechtsverhältniſſe.

Seite

§. 104. Einleitung 1

§. 105. Wichtigſte Fälle der juriſtiſchen Thatſachen. I. Succeſſionen 8

§. 106. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Einleitung 21

§. 107. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Infantes und Qui fari possunt 25

§. 108. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe. A. Altersſtufen. Infantes und Qui fari possunt. (Fortſetzung.) 39

Seite.

§. 109. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Impuberes und Puberes 55

§. 110. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Impuberes und Puberes. (Fortſetzung.) 70

§. 111. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Minores und Majores 79

§. 112. II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: B. Vernunftloſe. Interdicirte. Juriſtiſche Perſonen . 83

§. 113. II. Freye Handlungen. — Erweiterung durch Stellvertretung 90

§. 114. III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum 98

§. 115. III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum (Fortſetzung.) 111

§. 116. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Begriff 120

§. 117. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Arten. 127

§. 118. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Erfüllung 135

§. 119. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Fingirte Erfüllung 138

§. 120. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Wirkung 149

§. 121. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Nothwendige und unmögliche 156

§. 122. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unſittliche 169

Seite.

§. 123. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unsittliche (Fortsetzung.) 185

§. 124. III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unmögliche und unsittliche. (Fortsetzung.) 191

§. 125. III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung . . . 204

§. 126. III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.) 210

§. 127. III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.) 217

§. 128. III. Willenserklärungen. Modus 226

§. 129. III. Willenserklärungen. — Modus. (Fortsetzung.) 233

§. 130. III. Willenserklärungen. — Erklärung. Förmliche 237

§. 131. III. Willenserklärungen. — Erklärung. Ausdrückliche oder stillschweigende 242

§. 132. III. Willenserklärungen. — Erklärung. Durch bloßes Schweigen 248

§. 133. III. Willenserklärungen. — Erklärung. Fingirte 253

§. 134. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Absichtliche 257

§. 135. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche 263

§. 136. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. (Fortsetzung.) 269

§. 137. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia 276

Seite.

§. 138. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia. (Fortsetzung.) 291

§. 139. III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Gränze dieses Falles 302

§. 140. IV. Vertrag 307

§. 141. IV. Vertrag. (Fortsetzung.) 314

Beylage VIII. Irrthum und Unwissenheit 326

Drittes Kapitel.

Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

§. 104.

Einleitung.

Es ist schon oben bemerkt worden (§ 52), daß unsre Wissenschaft keine anderen Gegenstände hat, als erworbene Rechte. Dieses hat den Sinn, daß die Rechtsverhältnisse, deren Wesen wir zu erforschen haben, nicht schon in der menschlichen Natur als solcher gegründet, sondern als ihr von außenher kommende Zusätze zu betrachten sind. Nur die Möglichkeit und das Bedürfniß solcher Rechtsverhältnisse, das heißt der Keim derselben, findet sich gleichmäßig in der Natur jedes Menschen, führt also eine innere Nothwendigkeit mit sich; die Entwicklung jenes Keimes ist das Individuelle und Zufällige, und offenbart diese ihre Natur durch den höchst verschiedenen Umfang, den wir an den Rechten der Einzelnen wahrnehmen.

Es würde aber irrig seyn, jene Behauptung auch noch dahin näher bestimmen zu wollen, daß alle Rechte einer

Person nur im Laufe ihres Lebens erworben werden könnten; denn wenngleich dieses von den meisten Rechten allerdings wahr ist, so giebt es doch auch viele und wichtige, die unmittelbar mit der Geburt ihren Anfang nehmen, indem sie gerade durch die unter besonderen Umständen erfolgte Geburt begründet werden (a). Die erworbenen Rechte können daher allerdings auch angeborene seyn.

Jedes einzelne Rechtsverhältniß nun hat seine besonderen Regeln, nach welchen es in Beziehung auf eine bestimmte Person entsteht und wiederum aufhört. Diese Regeln sind von solcher Wichtigkeit, daß sie bey manchen Rechtsverhältnissen beynahe den einzigen Gegenstand genauerer Forschung und Darstellung ausmachen (b). Jedoch

(a) So z. B. entsteht für das Kind im Augenblick seiner Geburt stets Cognation, wenigstens zur Mutter; gewöhnlich auch Abhängigkeit von der Gewalt des Vaters, und Agnation zu dessen Agnaten; ist vor der Geburt der Vater gestorben, in dessen Gewalt das Kind außerdem geboren wäre, so erwirbt das Kind mit der Geburt sogleich dessen Vermögen oder einen Theil desselben als suus heres.

(b) Diese Wichtigkeit ist anerkannt und selbst zu einseitig und ausschließend dargestellt von Ulpian in *L.* 41 *de leg.* (1. 3.). „*Totum* autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat: aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet: aut quomodo alienet aut amittat." Hier wird noch ein neues Moment in die Mitte jener beiden gestellt, das conservare. Nimmt man dieses im eigentlichen Sinn, für die Bewirkung der Fortdauer des Rechts selbst, so fällt es mit dem dritten zusammen, indem es dann als die Negation des dritten (oder umgekehrt) aufgefaßt werden kann; dann sagt aber auch das *totum* jus consistit viel zu viel. Ist dagegen das conservare als Erhaltung der Ausübung, oder als Rechtserfolgung, gedacht, so umfassen allerdings jene drey Momente den größten Theil aller Rechtsregeln überhaupt: dann

giebt es in dieſen, die einzelnen Rechte betreffenden, Regeln viele und wichtige gemeinſchaftliche Beſtimmungen, die gerade nur indem man ſie als ſolche auffaßt und zuſammenſtellt, richtig verſtanden werden können. Dieſe Beſtimmungen gehören dem allgemeinen Theil des Rechtsſyſtems an (§ 58), und ihre Darſtellung iſt die Aufgabe des gegenwärtigen Abſchnitts.

Ich nenne die Ereigniſſe, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältniſſe bewirkt wird, *juriſtiſche Thatſachen*. Alle juriſtiſche Thatſachen alſo kommen darin mit einander überein, daß durch ſie an den Rechtsverhältniſſen beſtimmter Perſonen irgend eine Veränderung in der Zeit hervorgebracht wird. Innerhalb dieſer ihnen gemeinſamen Natur aber zeigen ſich in ihnen große Verſchiedenheiten. Zunächſt ſind nun die wichtigſten Verſchiedenheiten, die in denſelben wahrgenommen werden, überſichtlich zuſammen zu ſtellen, und es ſind dabey diejenigen Momente beſonders hervorzuheben, deren Wichtigkeit ſodann eine abgeſonderte genauere Darſtellung nöthig machen wird.

1) Die juriſtiſchen Thatſachen ſind theils poſitiv, theils negativ, indem entweder etwas geſchehen, oder etwas unterbleiben muß, damit irgend ein Recht entſtehe oder aufhöre. Unter dieſen beiden Klaſſen aber iſt die erſte bey weitem die häufigſte und wichtigſte.

aber ſind die drey Momente nicht ſo gleichartig, daß dieſe Zuſammenſtellung derſelben gerechtfertigt werden könnte.

2) Wir giengen davon aus, als Wirkung der juristischen Thatsachen entweder die Entstehung oder den Untergang der Rechtsverhältnisse zu bezeichnen. Es giebt jedoch viele und wichtige unter diesen Thatsachen, deren Wirkung weder dem einen noch dem andern jener Momente rein zugerechnet werden kann, indem sie vielmehr als gemischt aus beiden erscheint. Eine solche gemischte Wirkung juristischer Thatsachen ist die Umwandlung oder Metamorphose der Rechtsverhältnisse (§ 59). In diesem Fall wird durch die juristische Thatsache zwar die frühere Gestalt des Rechtsverhältnisses zerstört, zugleich aber eine neue Gestalt desselben erzeugt.

Die Umwandlung selbst aber kann auf zweyerley Weise gedacht werden:

A. Subjectiv, in Beziehung auf die Personen, indem dasselbe Rechtsverhältniß auf andere Personen übertragen, folglich durch neu eintretende Subjecte fortgesetzt wird. Dieser wichtige Rechtsbegriff führt den Namen Succession, und von der allgemeinen Natur derselben wird nachher besonders gehandelt werden.

B. Objectiv, in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses, indem dasselbe Rechtsverhältniß mit verändertem Inhalt als fortdauernd betrachtet wird. Diese objective Umwandlung hat ihre vollständige und genaue Ausbildung im Obligationenrecht erhalten (c). Zwar wird davon auch in anderen Rechtstheilen Anwendung gemacht,

(c) Nämlich in der Lehre von Dolus, Culpa, Casus und Interesse.

aber nur indem man obligatorische Begriffe und Regeln auf sie anwendet (d). Es hat daher diese Lehre eine so concrete Natur, daß es gerathener erscheint, sie an der gegenwärtigen Stelle ganz zu übergehen, als eine Darstellung ihrer Grundbegriffe zu versuchen, die doch nur entweder unlebendig und unbefriedigend ausfallen könnte, oder in das besondere Gebiet des Obligationenrechts hinübergreifen müßte.

3) Die juristischen Thatsachen können bestehen:

A. In freyen Handlungen des Betheiligten, das heißt derjenigen Person, von deren Erwerb und Verlust die Rede ist.

B. In zufälligen Umständen, unter welche auch die Handlungen Anderer als des Betheiligten, imgleichen auch Unterlassungen gehören (e).

In den freyen Handlungen ferner kann der Wille des Handelnden auf eine zwiefache Weise thätig seyn:

a) Als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wenngleich diese viel-

(d) So z. B. ist in der rei vindicatio auch Derjenige ein rechter Beklagter, qui dolo desiit possidere. Ferner hat ebendaselbst in der Verurtheilung der Dolus und die Culpa des Beklagten den wichtigsten Einfluß. Allein in diesen Fällen nimmt auch das Verhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten einen obligatorischen Character an.

(e) Wenn ich einen Diebstahl erleide, und dadurch Rechte erwerbe, so ist dieses zwar von Seiten des Diebes eine freye Handlung, in Beziehung auf mich aber etwas Zufälliges, außer meinem Willen Liegendes. — Wenn ich eine Nothfrist versäume, und dadurch ein Recht verliere, so ist dieses niemals eine freye Handlung, die Versäumniß mag nun aus Vergessenheit oder aus Absicht hervorgegangen seyn.

leicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke seyn mag (f). Diese Thatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte.

b) Oder als unmittelbar gerichtet auf andere, nichtjuristische Zwecke, so daß die juristische Wirkung entweder als untergeordnet im Bewußtseyn zurücktritt (g), oder entschieden nicht gewollt wird (h).

Die Willenserklärungen endlich erscheinen wieder auf zweyerley Weise:

1) Als einseitiger Wille des Betheiligten, wohin als wichtigster Fall der letzte Wille gehört, der jedoch nur im besonderen Theile des Rechtssystems, nämlich im Erbrecht, seine rechte Stelle findet.

2) Als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit

(f) Wer ein Haus kauft, tritt mit Bewußtseyn in ein Rechtsverhältniß ein, welches ihm sowohl Rechte als Verbindlichkeiten giebt, aber dieses Verhältniß soll ihm doch nur als Mittel dienen, um das Haus sicher und nach Gutdünken bewohnen zu können, oder durch Vermiethung, vielleicht auch durch neuen Verkauf, Geld zu gewinnen.

(g) Wer auf der Jagd ein Wild erregt, der will das Vergnügen der Jagd genießen, daneben auch das Wild verzehren oder verkaufen; des Eigenthumserwerbs durch Occupation wird er sich dabey weniger bewußt werden. — Wer das baufällige Haus eines abwesenden Freundes durch schleunige Anstalten gegen Einsturz sichert, der will Schaden abwenden, ohne dabey besonders an den Quasicontract negotiorum gestio zu denken, oder den fünften Titel des dritten Buchs der Digesten nachzuschlagen.

(h) Wer mich bestiehlt, hat gewiß nicht die Absicht mein Schuldner ex delicto zu werden. Darum wird diese Thatsache, die in Beziehung auf mich zufällig (Note e), in Beziehung auf ihn eine freye Handlung ist, dennoch auch in dieser letzten Beziehung nicht ein Rechtsgeschäft genannt.

dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heißt als Vertrag (i).

Diese allgemeinen Rechtsbegriffe erscheinen in individueller Gestalt bey allen Arten der Rechtsinstitute, bey dem Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, den Obligationen, dem Erbrecht, den Familienverhältnissen: diese ihre concrete Gestalten gehören der Darstellung eben jener Institute, also dem speciellen Rechtssystem, an. Allein zwey besondere Formen derselben sind wieder so umfassender Natur, und mit so verschiedenen einzelnen Rechtsinstituten vereinbar, daß auch ihre genauere Betrachtung nur hier ihre rechte Stelle finden kann: diese weit umfassenden Formen der Willenserklärung sind der Vertrag und die Schenkung.

4) Eine besondere Rücksicht endlich verdienen diejenigen Thatsachen, welche als wesentliches Element den Ablauf irgend eines Zeitraums in sich schließen, folglich von Zeitbestimmungen abhängig sind.

Nach dieser vorbereitenden Übersicht ist nun von den juristischen Thatsachen im Einzelnen zu handeln, und zwar:

Erstlich von den wichtigsten unter denselben nach ihrer Natur und den darin vorkommenden Verschiedenheiten.

(i) Der Vertrag also, der in Beziehung auf Jeden der Theilnehmer Rechte und Verpflichtungen erzeugt, ist zugleich in Beziehung auf Jeden derselben eine freye Handlung, und zwar insbesondere ein Rechtsgeschäft.

Dahin rechne ich folgende, die demnach einzeln abgehandelt werden ſollen:

I. Succeſſionen.
II. Freye Handlungen.
III. Willenserklärungen.
IV. Verträge.
V. Schenkungen.
VI. Von Zeitbeſtimmungen abhängige Thatſachen.

Zweytens von den Hemmungen, welche der Wirkſamkeit der juriſtiſchen Thatſachen entgegen ſtehen, oder von den verſchiedenen Arten und Gründen ihrer Ungültigkeit.

Das erſte können wir als die poſitive, das zweyte als die negative Seite der Lehre von den juriſtiſchen Thatſachen bezeichnen.

§. 105.

Wichtigſte Fälle der juriſtiſchen Thatſachen.

I. Succeſſionen.

Es iſt bereits als Eigenſchaft der juriſtiſchen Thatſachen bemerkt worden, daß dieſelben in Beziehung auf Rechtsverhältniſſe ſtets eine Veränderung in der Zeit hervorbringen, und daß dieſe Veränderung insbeſondere auch in der bloßen Verwandlung des Subjekts des Rechtsverhältniſſes beſtehen kann (§ 104). Die ſo eben bezeichnete Art der Thatſachen nennen wir Succeſſionen, und deren Natur ſoll nunmehr näher beſtimmt werden.

Damit nun eine ſolche juriſtiſche Succeſſion, das heißt die blos ſubjective Umwandlung eines Rechtsverhältniſſes, angenommen werden könne, wird vorausgeſetzt die fortdauernde Identität dieſes Rechtsverhältniſſes ſelbſt. Zur Annahme dieſer Identität aber genügt keineswegs ſchon die gleiche Gattung des Rechts, bezogen auf den gleichen Gegenſtand. Wenn z. B. Zwey Perſonen in verſchiedenen Zeitpunkten Eigenthum an demſelben Grundſtück haben, ſo iſt dieſer Umſtand allein nicht hinreichend, unter Beiden eine Succeſſion anzunehmen; vielmehr muß zur Rechtfertigung dieſer Annahme zwiſchen beiden Rechtsverhältniſſen eine ſolche innere Verbindung wahrzunehmen ſeyn, wodurch ſie als ein einziges, nur in verſchiedenen Perſonen fortdauerndes, Rechtsverhältniß erſcheinen. Die Grundlage einer ſolchen Verbindung iſt der Umſtand, daß das ſpätere Recht, der Zeit nach, unmittelbar auf das frühere folgt; denn wenn z. B. eine Sache von einem Eigenthümer derelinquirt, und nach einiger Zeit von einem Andern occupirt wird, ſo beſteht unter denſelben ſchon wegen des gänzlich trennenden Zwiſchenzuſtandes der Herrenloſigkeit keine Succeſſion (a). Allein auch jener Anſchluß in der Zeit iſt noch nicht hinreichend; ein ſolcher findet ſich unter andern bey jedem Übergang des Eigenthums durch Uſu-

(a) Man könnte einwenden, jeder Erbe ſey ja Succeſſor des Verſtorbenen, und doch könne zwiſchen dem Tod und dem Antritt der Erbſchaft eine lange Zwiſchenzeit geweſen ſeyn, in welcher das Vermögen keinen wirklichen Herrn hatte. Allein mit dem Antritt der Erbſchaft wird ſtets durch eine Rechtsfiction das Recht des Erben auf den Augenblick des Todes zurück bezogen. S. o. § 102. b.

capion, ohne daß deshalb zwischen beiden Eigenthümern eine juristische Verbindung besteht. Das Wesen dieser Verbindung nun ist darin zu setzen, daß das spätere Rechtsverhältniß auf das erste gegründet, von ihm abgeleitet, also auch durch dasselbe bedingt und von ihm abhängig ist. So verhält es sich mit dem Übergang des Eigenthums durch Tradition. Das neue Eigenthum fängt nicht nur in demselben Augenblick an, wo das frühere aufhört, sondern es entsteht auch nur insoferne der frühere Besitzer wirklich Eigenthum hatte: eine solche Abhängigkeit von einem individuellen früheren Recht findet sich bey dem Erwerb durch Usucapion durchaus nicht. Das hier beschriebene Verhältniß allein berechtigt uns, das spätere Recht mit dem früheren als identisch anzusehen, und dieser Fall erscheint vorzugsweise vor den übrigen, hier damit zusammen gestellten, so wichtig und folgenreich, daß für ihn die besondere Bezeichnung durch einen eigenen Kunstausdruck (Successio) nöthig gefunden worden ist.

Die einfachste und natürlichste Betrachtung der Rechtsverhältnisse führt dahin, die berechtigte Person als die bleibende Substanz, das Recht selbst aber als das Accidens anzusehen, welches nach wechselnden Umständen bald verbunden ist mit der Person, bald nicht (§ 4. 52). Der Begriff der Succession führt uns auf eine Betrachtungsweise, worin die angegebene Stellung der Person gegen das ihr zukommende Recht umgekehrt erscheint. Das Recht kann nun als das Substantielle und Bleibende gelten, in-

dem es in einer Reihe auf einander folgender wechſelnder Inhaber unverändert fortdauern kann.

Zunächſt iſt zu unterſuchen, ob der wichtige Rechtsbegriff der Succeſſion auf alle Arten der Rechtsverhältniſſe gleichmäßig angewendet werden könne. Dieſe Frage müſſen wir verneinen; vielmehr iſt das wahre Gebiet ſeiner Anwendung das Vermögensrecht, während er in Beziehung auf die Familienverhältniſſe nur eine untergeordnete und wenig bedeutende Stelle einnimmt. — Da nämlich das Vermögen an ſich ſelbſt der Perſon fremd, und nur von außen zu ihr hinzugethan iſt, folglich die einzelnen Stücke deſſelben ſtets in einem ganz zufälligen und wechſelnden Verhältniß zu ihr ſtehen (§ 56), ſo iſt die ausgedehnteſte und mannichfaltigſte Anwendung des Succeſſionsbegriffs dem Weſen des Vermögensrechts ganz angemeſſen. — Anders iſt es mit dem Familienrecht. Deſſen urſprüngliche Inſtitute ſind mit dem Weſen der Perſon ſo eng verbunden, daß eine Anwendung der Succeſſion ihnen nicht angemeſſen ſeyn kann. Auch finden wir ſie hier in der That nur auf zweyerley Weiſe. Erſtlich bey denjenigen künſtlichen Theilen der Familie, die ſelbſt nur auf Vermögensverhältniſſe gegründet, und daher eben ſo wie dieſe der gewöhnlichen Succeſſion unterworfen ſind. So iſt das Recht des Herrn über den Sklaven gegründet auf Eigenthum, folglich ſo wie jedes andere Eigenthum Gegenſtand einer gewöhnlichen Succeſſion. Eine ähnliche Bewandniß hat es mit dem Patronat, der mancipii causa,

dem Colonat (§ 55). Zweytens hat das älteste Römische Recht selbst einige Theile der ursprünglichen Familienverhältnisse der Natur des Eigenthums angenähert, wodurch die väterliche Gewalt und die strenge Gewalt des Ehegatten (manus) zu Gegenständen einer möglichen Succession gemacht wurden (§ 55 N. 1. 4). Allein fast alle diese Anwendungen sind im heutigen Römischen Recht verschwunden: einige waren schon frühe bey den Römern selbst zu blos symbolischen Handlungen herabgesunken, und sind dann schon vor Justinian völlig untergegangen. Nur in Einem Institut des Familienrechts hat sich noch eine wahre Succession erhalten, bey der datio in adoptionem; jedoch ist auch hier der Successionsbegriff ohne irgend einen erheblichen Einfluß. — Wir können demnach behaupten, daß das Vermögensrecht dasjenige Rechtsgebiet ist, in welchem allein eine bedeutende Anwendung von dem Begriff der Succession gemacht werden kann.

An diese Bemerkung knüpft sich unmittelbar folgende wichtige Eintheilung der Succession. Dieselbe ist bald Singular- bald Universalsuccession (b).

Singularsuccession nennen wir diejenige, welche irgend ein einzelnes Vermögensrecht zum Gegenstand hat,

(b) Um jedem möglichen Misverständniß vorzubeugen, bemerke ich gleich hier, daß die von den Neueren gebrauchten Kunstausdrücke Successio universalis und singularis (oder auch particularis) nicht ächt sind; ich weiß jedoch keine eben so kurze, verständliche, und allgemein bekannte, an ihre Stelle zu setzen. Übrigens wird die ächte Terminologie weiter unten ausführlich festgestellt werden.

oder auch mehrere zuſammengefaßte Vermögensrechte, jedoch ſo, daß jedes einzelne für ſich übergeht, ohne durch dieſen, zufällig gemeinſchaftlichen, Übergang mit den übrigen in Verbindung zu treten. Dieſer Begriff iſt für ſich allein weder ſchwierig noch erheblich, und er bekommt nur durch den Gegenſatz des nachfolgenden Falles ſeine Bedeutung.

Die Univerſalſucceſſion hat zum Gegenſtand das Vermögen als ein ideales Ganze, das heißt ſo daß dabey von ſeinem ſpeciellen Inhalt, ſowohl nach der Quantität (dem Geldwerth), als nach der Qualität (der Art der darin enthaltenen einzelnen Rechte, und den Gegenſtänden dieſer Rechte), ganz abſtrahirt wird (§ 56) (c). Dieſe Succeſſion alſo bezieht ſich zwar allerdings auch auf die einzelnen in dieſem Vermögen enthaltenen Rechte, jedoch nur mittelbar, das heißt nur inſofern und weil ſie Theile dieſes Vermögens als des eigentlichen Gegenſtandes der Succeſſion ſind. Dieſer wichtige Rechtsbegriff erhält ſeine nähere Beſtimmung durch folgende Reihe von Sätzen.

1) Das Vermögen als ſolches, als eine ideale Größe, ohne Rückſicht auf ſeinen beſondern Inhalt, iſt Gegenſtand dieſer Art der Succeſſion. Damit aber iſt wohl vereinbar, daß dieſelbe oft nicht das geſammte Vermögen, ſondern

(c) Die wichtigſte Schrift über die Natur der Univerſalſucceſſion iſt die Abhandlung von Haſſe über Universitas juris und rerum, Archiv B. 5 N. 1 (ſ. oben § 56. o), obgleich darin dieſer Gegenſtand nicht Hauptpunkt der Unterſuchung iſt. Von dem Begriff der Univerſalſucceſſion wird daſelbſt S. 19 gehandelt.

nur eine Quote, das heißt einen Rechnungstheil deſſelben, betrifft; denn auch ein ſolcher Theil bezieht ſich ja nur auf den angegebenen idealen Begriff des Vermögens als ſeine Grundlage: das Vermögen iſt die Einheit, wovon jener Theil als ein Bruch erſcheint. — Eben ſo iſt mit dieſer Art der Succeſſion vereinbar der Umſtand, daß manche einzelne Rechte, nach ihrer beſonderen Natur, nicht fähig ſind durch ſie mit übertragen zu werden, und daher, im Fall einer ſolchen Succeſſion, vielmehr ganz untergehen (d); denn durch dieſes Ausſcheiden beſtimmter einzelner Stücke wird das Weſen der Vermögenseinheit, worauf es hier allein ankommt, gar nicht verändert.

2) Da das Vermögen eine universitas iſt, und zwar die wichtigſte unter allen, ſo kann man den eben aufgeſtellten Satz auch ſo ausdrücken: Gegenſtand dieſer Art der Succeſſion iſt eine universitas als ſolche; auch wird ſich ſogleich zeigen, daß die Römiſche Bezeichnung dieſer Succeſſionsart auf den eben erwähnten Ausdruck gegründet iſt. Irrigerweiſe aber haben Manche dieſen Ausdruck umgekehrt, und daher angenommen, daß dieſe Succeſſion auch auf andere Arten einer universitas, z. B. Dos oder Peculium (§ 56), angewendet werden könne, da ſie doch nur allein bey dem Vermögen vorkommt.

(d) Haſſe a. a. O., S. 24. — So z. B. iſt Erbſchaft eine Univerſalſucceſſion; eben ſo die Arrogation. Aber bey der Erbſchaft geht der Niesbrauch des Verſtorbenen nicht mit über; bey der Arrogation, nach dem älteren Recht, weder der Niesbrauch, noch auch ſelbſt die Schulden des Arrogirten.

3) Das eigentliche Kennzeichen der Univerſalſucceſſion iſt der unmittelbare Übergang der zu dieſem Vermögen gehörenden Forderungen und Schulden (e), für welche dieſes ſogar der einzig mögliche Übergang iſt, indem ſie durch Singularſucceſſion gar nicht übertragen werden können (f).

4) Dieſes künſtliche Rechtsverhältniß kann nicht etwa nach Gutdünken auf irgend einen beliebigen Zweck angewendet werden, ſondern es iſt vielmehr ausſchließend für eine Anzahl beſtimmter, einzelner Fälle angeordnet, in welchen es dann aber auch immer, und wiederum ohne Rückſicht auf eine möglicherweiſe entgegengeſetzte individuelle Willkühr eintritt (g). Die wichtigſten dieſer Fälle betreffen den Nachlaß eines Verſtorbenen, als: hereditas, bonorum possessio, fideicommissaria hereditas, und andere ähnliche Verhältniſſe. Das Vermögen eines Lebenden geht auf dieſe Weiſe über: erſtlich, wenn der Inhaber in eines Andern Gewalt kommt (arrogatio, in manum conventio, Sklaverey zur Strafe), zweytens wenn das Vermögen deſſelben im Concurſe (nach der älteren Form deſſelben) ver-

(e) Haſſe a. a. O., S. 21. — Bey der Erbſchaft iſt dieſes unzweifelhaft. Bey der Arrogation gehen wenigſtens die meiſten Forderungen über; die Schulden würden auch übergehen, wenn ſie nicht durch capitis deminutio zerſtört würden (§ 70 N. III.). — In Beziehung auf den Erben wird dieſer Umſtand geradezu als Kennzeichen angegeben in *L.* 37 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.).

(f) Bey den Obligationen giebt es keine Singularſucceſſion, ſondern nur Surrogate derſelben für die Zwecke des Verkehrs; nämlich Umtauſch gegen eine neue Obligation von gleichem Werth (novatio), oder Verfolgung der Schuld durch einen Stellvertreter (cessio actionis).

(g) Eine Aufzählung dieſer Fälle findet ſich bey Haſſe S. 49.

kauft wird. — In vielen anderen Fällen dagegen kann zwar auch die Absicht auf die Übertragung eines ganzen Vermögens gerichtet seyn; sie geht aber nicht unmittelbar in Erfüllung, weil von der Universalsuccession nicht willkührlich Anwendung gemacht werden kann; vielmehr müssen in solchen Fällen alle Bestandtheile des Vermögens einzeln übertragen werden (h).

5) Man kann nun fragen, aus welchem Grund dieser künstliche Rechtsbegriff aufgestellt, und auf bestimmte Fälle angewendet, auf andere aber nicht angewendet worden ist? Ohne Zweifel lag die Veranlassung dazu in dem uralten, stets wiederkehrenden, höchst wichtigen Verhältniß der hereditas. In dieses die Forderungen und Schulden, so wie besonders die sacra, mit herein zu ziehen, war unentbehrlich. Dieser praktische Zweck konnte durch einzelne, für jedes dieser Verhältnisse besonders erlassene, Vorschriften erreicht werden; es war aber dem juristischen Takt der Römer angemessen, diese Einzelnheiten durch einen Total-

(h) Hasse S. 23—40. — Die wichtigsten Fälle sind die, wenn ein ganzes Vermögen verschenkt, zu einer Dos verwendet, in eine Societät eingebracht werden soll, oder wenn ein Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft. Gewissermaßen gehört dahin auch das legatum partitionis, indem dieses gleichfalls nur als Singularsuccession wirkt, obgleich es eine Quote der Erbschaft zum Gegenstand hat; nur ist hier der Unterschied, daß der Erblasser diese Quote dem ernannten Legatar eben so leicht als Erbeinsetzung zuwenden könnte, wodurch es eine Universalsuccession werden würde, daß also hier gerade die Absicht des Erblassers darauf gerichtet ist, die angewiesene Quote in den Gränzen einer Singularsuccession zu halten. — Eben dahin gehörte ursprünglich die Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft, bis das Sc. Trebellianum die Natur einer Universalsuccession hinein legte. Gajus II. § 252. 253.

begriff zuſammen zu faſſen, in welchem dann, neben jenen wichtigſten Zwecken, zugleich alle Nebenfragen ihre ganz zuſammenſtimmende Erledigung fanden. An die hereditas ſchloſſen ſich dann die wichtigſten anderen Fälle, wie die bonorum possessio, unmittelbar an, da ſie ohnehin nur erweiterte Anwendungen jenes Rechtsbegriffs waren. Auch für die Arrogation u. ſ. w. war eine angemeſſenere Analogie gewiß nicht aufzufinden. Weiter zu gehen mit dieſer künſtlichen Anſtalt, als wohin das unmittelbare Bedürfniß führte, ſagte wieder dem juriſtiſchen Sinn der Römer nicht zu; insbeſondere konnte es zu großen Härten führen, wenn man die Anwendung jenes künſtlichen Rechtsinſtituts ganz der Privatwillkühr hätte überlaſſen wollen (i). Inſoferne könnte man wohl im Sinne der Römiſchen Juriſten ſagen, die Anwendung der Univerſalſucceſſion ſey juris publici (§ 16).

Es bleibt nun noch übrig, den Sprachgebrauch der Römer genau feſtzuſtellen (k).

Der Ausdruck Successio (Successor, Succedere) allein, ohne Zuſatz, iſt unſicher, indem er in zwey verſchiedenen Bedeutungen gebraucht wird, ſo daß in jeder einzelnen

(i) Man kann daneben wohl annehmen, daß die Gränzen der Anwendung mitunter etwas Zufälliges an ſich tragen mögen, und daß unter den minder wichtigen Fällen einzelne mehr oder weniger der Univerſalſucceſſion hätten zugezählt werden können, ohne das Weſen dieſes Rechtsverhältniſſes zu gefährden. Haſſe S. 60 unterſucht ausführlich, warum die Römer gerade dieſe und keine andere Fälle dahin gerechnet haben, wobey er vielleicht hie und da etwas zu ſubtil verfährt.

(k) Vergl. Haſſe a. a. O. S. 40 fg.

Stelle deſſen Bedeutung nur aus dem Zuſammenhang zur Gewißheit gebracht werden kann. — In mehreren Stellen bezeichnet derſelbe ſchon für ſich allein ausſchließend die Univerſalſucceſſion (l); dahin gehören unter andern auch die Stellen, worin heredes ceterique successores zuſammengeſtellt werden (m); ja nicht ſelten wird der Ausdruck noch enger auf die durch einen Todesfall veranlaßte Univerſalſucceſſion beſchränkt (n). — In anderen Stellen dagegen hat derſelbe eine ganz allgemeine Bedeutung, ſo daß beide Arten der Succeſſion von ihm umfaßt werden. Dahin gehören diejenigen Stellen, worin er beſtimmt auf einzelne Fälle bloßer Singularſucceſſion angewendet wird (o); ganz beſonders aber diejenigen, worin die Verfaſſer nöthig finden, durch Zuſätze auszudrücken, daß die eine oder die andere Art beſonders gemeynt ſey, welche Ausdrucksweiſe unverkennbar vorausſetzt, daß Successio ohne Zuſatz eine ganz allgemeine, beide Arten umfaſſende, Bedeutung habe. Davon werden ſogleich viele Beyſpiele angegeben werden.

Was nun aber die genauere Bezeichnung für jede Art beſonders betrifft, ſo ſind vor allen diejenigen Stellen

(l) Gajus III. § 82. — *pr. J. de eo cui lib.* (3. 11.). — Inscript. tit. J. de *successionibus* sublatis (3. 12.). — *L.* 170 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 7 § 2 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 1 § 37. 43 *de aqua* (43. 20.) u. a. m.

(m) *L.* 1 § 44. 48 *de vi* (43. 16.), *L.* 14 § 1 *de div. temp.* (44. 3.), *L.* 17 § 1 *de proc.* (3. 3.).

(n) Haſſe S. 43 fg.

(o) *L.* 17 §5 *de pactis* (2. 14.) „etsi *per donationem successio* „facta sit." *L.* 4 § 29 *de doli exc.* (44. 4.), *L.* 7 *in f. L.* 8 *de jurej.* (12. 2.).

wichtig, worin beide Arten neben einander, alſo in ihrem Gegenſatz, erwähnt werden. Dahin gehören folgende:

I. *L.* 3 § 1 *de exc. rei vend.* (21. 3.). „Pari ratione etiam venditoris *successoribus* nocebit: sive *in universum jus*, sive *in eam* dumtaxat *rem successerint.*"

II. *L.* 1 § 13 *quod leg.* (43. 3.). „In locum successisse accipimus, sive *per universitatem*, sive *in rem* his *sit successum.*"

III. *L.* 37 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.). „Heres *in omne jus* mortui, non tantum *singularum rerum dominium succedit.*"

IV. *L.* 24 § 1 *de damno inf.* (39. 2.). „.. *successores* autem non solum qui *in universa bona succedunt*, sed et hi, qui *in rei tantum dominium successerint*, his verbis continentur." (Nämlich in den Worten einer vorher erwähnten Stipulation, worin der Ausdruck successorum ohne näheren Zuſatz vorkam.)

Ich will nun theils aus dieſen, theils aus anderen Stellen eine Überſicht derjenigen Ausdrücke geben, wodurch die eine oder andere Art der Succeſſion beſonders bezeichnet wird.

A. Die Univerſalſucceſſion:

Per universitatem successio oder succedere.

N. II. der abgedruckten Stellen.

pr. J. de succ. subl. (3. 12.).

Per universitatem adquirere oder adquisitio.

§ 1 *J. de succ. subl.* (3. 12.).

§ 6 *J. per quas pers.* (2. 9.).

Gajus II. § 97.

Per universitatem transire.

L. 62 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

L. 1 § 1 *de fundo dot.* (23. 5.).

Universitatis successio.

L. 3 *pr, de B. P.* (37. 1.).

In jus succedere.

L. 9 § 1 *de edendo* (2. 13.).

L. 177 § 1 *de R. J.* (50. 17.).

L. 3 *pr. de B. P.* (37. 1.).

In omne jus succedere.

N. III. der abgedruckten Stellen.

L. 11 *de div. temp.* (44. 3.).

In universum jus succedere und successio.

N. I. der abgedruckten Stellen.

L. 19 § 5 *de aedil. ed.* (21. 1.).

L. 24 *de V. S.* (50. 16.).

L. 62 *de R. J.* (50. 17.).

Juris successor.

L. 9 § 12 *de her. inst.* (28. 5.).

L. 9 § 1 *de edendo* (2. 13.).

§ 11 *de J. test. ord.* (2. 10.).

In universa bona succedere.

N. IV. der abgedruckten Stellen.

B. Die Singularsuccession.

In rem succedere.

N. I. II. der abgedruckten Stellen.

L. 8 *de jurej.* (12. 2.).

In rei dominium succedere.

N. IV. der abgedruckten Stellen.

In singularum rerum dominium succedere.

N. III. der abgedruckten Stellen.

Bey den angeführten Formen: *per* universitatem succedere u. s. w., ist jedoch zu bemerken, daß dadurch die Universalsuccession, d. h. die Succession in das Vermögen selbst als eine universitas, nur auf mittelbare Weise bezeichnet wird. Denn zunächst ist in diesem Ausdruck die Rede von dem Erwerb einer einzelnen Sache, und es wird durch jenen Zusatz nur ausgedrückt, daß der Erwerb der einzelnen Sache vermittelst des Ganzen, wozu dieselbe als Bestandtheil gehört, vor sich gehe.

§. 106.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Einleitung.

Freye Handlungen können in zwey verschiedenen Beziehungen zu den Rechtsverhältnissen gedacht werden: als Gegenstände der Rechte, und als Entstehungsgründe derselben. Die erste Beziehung ist nur anwendbar auf eine einzelne Klasse der Rechte, die Obligationen, fällt also

dem speciellen Theil des Systems anheim. Die zweyte Beziehung dagegen, in welcher sie als Gründe der Entstehung, oder auch des Untergangs der Rechte, und daher als die wichtigste Klasse der juristischen Thatsachen überhaupt, erscheinen, gehört wesentlich hierher, indem sie für die gemeinsame Betrachtung folgende wichtige Frage darbietet: Welches sind die persönlichen Bedingungen der Handlungsfähigkeit (a), oder genauer: welches sind einestheils die Hindernisse, wodurch jene Fähigkeit ausgeschlossen oder vermindert wird, anderntheils die künstlichen Erweiterungen derselben?

Die Hindernisse der Handlungsfähigkeit, oder des vollständig freyen Vernunftgebrauchs, können auf folgende Fälle zurückgeführt werden, die nunmehr einzeln zu erwägen sind:

Unreifes Alter.

Vernunftlosigkeit.

(a) Der wesentliche Unterschied der Rechtsfähigkeit von der Handlungsfähigkeit ist schon oben (§ 60) bemerkt worden. Das Verhältniß beider Rechtsbegriffe zu einander ist aber dieses: Der Rechtsfähige kann nach Umständen bald handlungsfähig seyn, bald auch nicht. Der Rechtsunfähige dagegen muß gerade soweit, als er dieses ist, auch handlungsunfähig seyn, weil in ihm die Handlung die ihr sonst zukommende Wirkung gar nicht hervorbringen kann. Wo dieses anders zu seyn scheint, da ist es in der That, juristisch zu reden, nicht seine Handlung, sondern die Handlung eines von ihm nur vertretenen Anderen. So z. B. konnte ein Römischer Sklave allerdings die wichtigsten Geschäfte, selbst Mancipationen und Stipulationen, gültig abschließen: allein er galt hierin nur als das juristische Instrument des Herrn, dem die Handlungen des Sklaven gerade so zu gut gerechnet wurden, als ob er selbst gehandelt hätte.

Interdiction.

Natur der juristischen Personen.

Daß der Mensch, unmittelbar nach seiner Geburt, alles Vernunftgebrauchs gänzlich ermangelt, ist unzweifelhaft. Zwischen diesem Zustand aber, und dem der vollständigen Ausbildung, liegen allmälige, ganz unmerkliche Übergänge in der Mitte. Dadurch entsteht für die Rechtsanwendung eine zwiefache große Schwierigkeit: erstlich durch die unsichere Gränzbestimmung im Leben jedes Einzelnen, zweytens durch die ungleiche Entwicklung verschiedener Menschen. Das praktische Bedürfniß führt darauf, hierin positiv durchzugreifen, weil nur dadurch die erwähnte zwiefache Ungewißheit gehoben werden kann. Dieses ist die Bedeutung der im positiven Recht bestimmten Altersstufen, die also lediglich auf die Handlungsfähigkeit, nicht auf die Rechtsfähigkeit, Einfluß haben, und deren Feststellung daher nur an diesem Ort unternommen werden kann.

Das Römische Recht nimmt in dem Leben jedes einzelnen Menschen Drey wichtige Gränzpunkte an, wodurch folgende Vier juristisch verschiedene Lebensalter entstehen:

1) Von der Geburt bis zum Ende des Siebenten Jahres. — Infantes, Qui fari non possunt, Kinder.

2) Von Sieben Jahren bis zum Ende des Vierzehenten oder Zwölften Jahres, nach Verschiedenheit der Geschlechter. — Qui fari possunt (bey den Neueren Infantia majores). — Beide erste Lebensalter zusammengefaßt: Impuberes, Unmündige.

3) Von Vierzehen oder Zwölf Jahren bis zum Ende des Fünf und zwanzigſten Jahres. — Adolescentes, Adulti. — Dieſes Lebensalter mit den zwey erſten zuſammen: Minores (b), Minderjährige. — Dieſes Lebensalter mit dem folgenden zuſammen: Puberes, Mündige.

4) Von Fünf und zwanzig Jahren an, ohne weitere Gränze. — Majores, Volljährige, Großjährige.

Als Grundlage der weiteren Ausführung aber muß gleich hier bemerkt werden, daß unter dieſen drey Gränzpunkten der mittlere (Pubertas), wie der älteſte, ſo auch der wichtigſte iſt (c). Das Römiſche Recht nämlich, ſo weit hiſtoriſche Nachrichten aufwärts reichen, nimmt an, mit der Geſchlechtsreife ſey zugleich auch der volle Vernunftgebrauch wirklich vorhanden. Vor dieſem Zeitpunkt iſt daher der Menſch handlungsunfähig, weshalb ſein Vermögen unter der Verwaltung eines Tutors ſteht. Nach demſelben Zeitpunkt iſt er völlig handlungsfähig, beherrſcht alſo ſelbſt ſein Vermögen, und bedarf eines Tutors nicht mehr (d). Beide Regeln aber haben allmälig Modifica-

(b) Der Ausdruck Minores iſt eine bloße Abkürzung, da es vollſtändig heißt: Minores XXV annis; eben ſo auch Majores.

(c) Dieſe vorherrſchende Wichtigkeit der pubertas zeigt ſich auch darin, daß das Alter der Impuberes und Puberes geradezu als prima und secunda aetas bezeichnet wird, gleich als ob dieſes die einzigen Altersſtufen wären. *L.* 30 *C. de ep. aud.* (1. 4.), *L.* 10 *C. de impub. et al. subst.* (6. 26.), *L.* 8 § 3 *C. de bon. quae lib.* (6. 61.).

(d) Im männlichen Geſchlecht hörte nun jede Tutel auf; im weiblichen trat allerdings eine neue Tutel (die muliebris) an die Stelle der bisherigen, allein dieſe neue hatte gar keine Beziehung mehr auf das Alter, und hörte auch niemals des bloßen Alters wegen auf.

tionen erhalten, worauf ſich nun der erſte und dritte Gränzpunkt beziehen. Das Ende der Kindheit bezeichnet den Punkt, bis zu welchem aufwärts doch noch ein gewiſſer Grad der Handlungsfähigkeit reicht; ſo wie das Ende der Minderjährigkeit den Punkt bezeichnet, bis zu welchem abwärts die urſprünglich unbedingte Handlungsfähigkeit der Mündigen ſpäterhin doch noch einigen Einſchränkungen unterworfen worden iſt.

Unter dieſen Vier Lebensaltern bedarf das letzte keiner beſonderen Betrachtung, da daſſelbe nur den normalen Zuſtand in ſich ſchließt, worin überhaupt kein Hinderniß der Handlungsfähigkeit wahrzunehmen iſt. Die drey erſten aber ſind nunmehr nach ihrer natürlichen Zeitfolge abzuhandeln, und zwar iſt bey jedem derſelben ſowohl der Gränzpunkt ſelbſt, als die praktiſche Bedeutung deſſelben zu unterſuchen: beides, ſo weit es geſchehen kann, mit Rückſicht auf die hiſtoriſche Entſtehung der darauf bezüglichen Rechtsregeln.

§. 107.

II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Infantes und Qui fari possunt.

Wir fragen zuerſt: durch welche Betrachtungen wurden die Römer veranlaßt, innerhalb der Unmündigkeit noch einen beſonderen Zeitraum unter dem Namen Infantia auszuſcheiden? oder mit anderen Worten: welches war die praktiſche Bedeutung der Infantia?

Nach dem ältesten und durchgreifendsten Grundsatz waren alle Impuberes zu juristischen Handlungen ganz unfähig, und deshalb hatten sie stets einen Tutor, der für sie handelte (§ 106). Allein die strenge Durchführung dieses Grundsatzes, auch in dem Fall wenn der Unmündige von väterlicher Gewalt frey, folglich im Besitz eines eigenen Vermögens war, würde für den Rechtsverkehr im Ganzen sehr störend, für die Unmündigen selbst aber äußerst nachtheilig gewesen seyn. Denn die meisten und wichtigsten Geschäfte des älteren Rechts konnten nur durch eigenes Handeln des Betheiligten zu Stande kommen, und die Vertretung durch einen Fremden (wie hier durch den Tutor) war dabey ganz unzulässig und wirkungslos. Folglich hätte der Tutor zwar die Felder des Unmündigen bestellen, Pachtgelder und Kapitalzinsen erheben, den Unterhalt des Mündels bestreiten, kurz alles Dasjenige, was zur laufenden Verwaltung gehört, besorgen können: aber die vortheilhaftesten und nothwendigsten Rechtsgeschäfte, wie Mancipationen, Stipulationen, Kaufcontracte u. s. w., hätten zum großen Schaden des Unmündigen gänzlich unterbleiben müssen. Wie war da zu helfen?

Zunächst durch folgende Betrachtung. Der Grundsatz der Pubertät, als Anfang und Bedingung der Handlungsfähigkeit, beruht auf der Voraussetzung, von diesem Zeitpunkt an werde gewiß die nöthige Einsicht in die Natur der vorkommenden Geschäfte vorhanden seyn. Allein Niemand kann annehmen, daß diese Einsicht mit jenem Zeit-

punkt plötzlich entſtehe. Sie wird alſo wohl auch ſchon einige Zeit vorher (prope pubertatem) vorhanden ſeyn, und es hat kein Bedenken, auch ſchon in dieſer Zeit den Unmündigen, der jetzt proximus pubertati iſt, ſelbſt handeln zu laſſen, wenn nur dafür geſorgt wird, daß er dabey nicht zu Schaden komme. Dieſe Gefahr aber wird ſicher verhütet, wenn man den Unmündigen nur diejenigen Geſchäfte, bey welchen nichts zu verlieren iſt (wie das Stipulari), allein vornehmen läßt, bey bedenklichen Geſchäften aber (wie das Promittere) die Genehmigung des Tutors erfordert. Darin lag dann eine ganz ungefährliche Erleichterung des Verkehrs, in Beziehung auf die oben dargeſtellte Schwierigkeit, und dieſe Erleichterung haben die Römer wirklich anerkannt, wobey wohl zu bemerken iſt, daß ſie Dieſes nicht als eine Abweichung von allgemeinen Grundſätzen anſehen, ſondern als Etwas, das ſich eigentlich von ſelbſt verſtehe.

Allein genügend war dieſe Abhülfe nicht, da ſie nur einen ſo kurzen Zeitraum umfaßte. Man that alſo einen zweyten und wichtigeren Schritt, indem man annahm, der Unmündige ſolle auch ſchon früher, alſo noch ehe man ihm Geſchäftseinſicht zuſchreiben konnte, dennoch ſelbſt handeln dürfen: verſteht ſich mit den ſchon erwähnten ſchützenden Maasregeln, ſo daß er allein handeln ſollte nur wo kein Verluſt möglich war, ſonſt aber ſtets mit Genehmigung ſeines Tutors. Es iſt wohl zu bemerken, daß die Römer dieſen zweyten, wichtigeren Schritt als Etwas anſahen,

das ſich nicht von ſelbſt verſtehe, vielmehr als eine ganz poſitive, zur Erleichterung des Rechtsverkehrs getroffene Einrichtung, als benigna interpretatio, utilitatis causa recepta (a), folglich als ein jus singulare (§ 16). Das Beſondere dabey lag aber nach ihrer Anſicht darin, daß (unter dem Schutz der erwähnten Vorſichtsmaasregeln) auch Derjenige handeln kann, der von dem Geſchäft noch Nichts verſteht: eben darum aber betrachteten ſie die Fähigkeit des proximus pubertati vielmehr als etwas Natürliches.

Jedoch ſollte auch dieſe wichtige Erleichterung wieder eine beſtimmte Gränze haben, damit nicht mit Rechtsgeſchäften ein bloßes Spiel getrieben würde. Sie ſollte erſt anfangen mit dem Ende der Infantia. Und ſo iſt alſo die praktiſche Bedeutung der Infantia dieſe: ſie iſt der Lebensabſchnitt, mit deſſen Ablauf der Menſch zu Rechtsge-

(a) Am vollſtändigſten ausgedrückt findet ſich dieſer Gang der Gedanken in § 9. 10 *J de inut. stip.* (3. 19.). „Pupillus omne negotium recte gerit ... Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est ... nullum intellectum habent. *Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi.*" (Iſt theils wörtlich übereinſtimmend mit Gajus III. § 107. 109, theils aber beſtimmter und unzweydeutiger; ohne Zweifel aus einem anderen Urtext.) — *L.* 6 *rem pupilli* (46. 6.) „si (pupillus) .. fari potest, etiamsi ejus aetatis erit, ut non intelligat quid agat: tamen *propter utilitatem receptum est,* recte eum stipulari et agere." — *L.* 1 § 13 *de O. et A.* (44. 7.). „Huic (furioso) proximus est, qui ejus aetatis est, ut nondum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc, *benignius acceptum est:* nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse." — „*favorabiliter* eis praestatur." *L.* 9 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.).

ſchäften (theils allein, theils mit dem Tutor) fähig wird (b).

Welches iſt aber die Gränze der Infantia? Infans heißt wörtlich ein Nichtſprechender, insbeſondere jedoch verſtand man darunter Den, welcher noch nicht durch ſein Alter zum Beſitz der Sprache gekommen iſt, da der durch organiſche Mängel Sprachloſe mutus genannt wurde (c). Daß man nun in der That den Ausdruck in ſeinem etymologiſchen Sinn genommen hat, erhellt unwiderſprechlich aus dem Umſtand, daß die Römer in vielen Stellen, mit ganz willkührlicher Abwechslung, bald Infans, bald qui fari non potest ſagen; und dieſes wird wieder am anſchaulichſten in ſolchen Stellen, worin beide Ausdrücke unmittelbar neben einander als gleichbedeutend gebraucht werden (d). Alſo ſollen Diejenigen, und nur Diejenigen, Geſchäfte betreiben dürfen, welche ſchon ſprechen können. Allein in dieſer Gränzbeſtimmung liegt noch eine unverkennbare Zweydeutigkeit. Man kann nämlich den Ausdruck nehmen in dem Sinn des gewöhnlichen Lebens, von der niederen Fertigkeit, wodurch das Kind ſeine kindiſchen Vorſtellun-

(b) *L.* 70 *de V. O.* (45. 1.). „Mulier .. fecerat .. promittere dotem ... Infanti ... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat." *L.* 141 § 2 *eod.* „Pupillus .. ex quo fari coeperit, recte stipulari potest." — Vgl. auch *L.* 5 *de R. J.* (50. 17.), und die in der Note a abgedruckte Stellen.

(c) In *L.* 65 § 3 *ad Sc. Treb.* (36. 1.) wird neben dem Infans, oder qui fari non potest, der mutus als verſchieden genannt.

(d) *L.* 70 *de V. O.* (45. 1.), ſ. o. Note b. — *L.* 65 § 3 *ad Sc. Treb.* (36. 1.), *L.* 30 § 1. 2. 4 *de fid. lib.* (40. 5.), *L.* 1 *C. ad Sc. Tert.* (6. 56.).

gen in Tönen zu bezeichnen vermag, welches meiſt im zweyten oder dritten Lebensjahr anfängt; oder in dem höheren Sinn, nach welchem die Sprache ſchon ein zuſammenhängender Ausdruck verſtändiger Gedanken iſt, und alſo zugleich einen Fortſchritt der Geiſtesentwicklung vorausſetzt und anzeigt. Die Römer nun haben den Ausdruck in dieſem letzten Sinn genommen, folglich auch der Infantia eine weit größere Ausdehnung gegeben, als welche aus dem erſten Sinn folgen würde (e). Daß ſie überhaupt das fari posse als Gränzpunkt annahmen, hatte ſeinen Grund in der uralten Sitte, alle wichtigen Geſchäfte in feyerliche Formeln mündlicher Rede einzukleiden (f). Nun war ihre Meynung gar nicht, juriſtiſche Handlungen dadurch herabzuwürdigen, daß man ein Kind hätte gedankenlos unverſtandene Worte nachſprechen laſſen, welches oft auch bey einem Blödſinnigen bewirkt werden könnte; vielmehr ſollte der Knabe immer ſchon verſtehen, was er ſagte, alſo mit Bewußtſeyn ſprechen, wenn ihm auch vielleicht das Geſchäft ſelbſt, nach ſeinen Grün-

(e) Die erſte Bedeutung der Infantia (beſchränkt auf die allererſten Lebensjahre) wird vertheidigt in einer Abhandlung von Unterholzner, Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft B. 1 N. 3 S. 44—53. Eine gelehrte Widerlegung findet ſich in einer Recenſion dieſer Abhandlung, Heidelberger Jahrbücher Jahr 1815 S. 664—683.

(f) Das fari posse drückte alſo zweyerley zugleich aus: diejenige Verſtandesentwicklung, welche ſich durch den verſtändigen Redegebrauch kund giebt, und die Fähigkeit zu mündlichen Rechtsgeſchäften. Beides fällt zuſammen, und daher war der Ausdruck auch auf diejenigen Rechtsgeſchäfte anwendbar, wozu mündliche Rede nicht gerade erfordert wurde, wie die Conſenſualcontracte.

den und Zwecken, Vortheilen und Nachtheilen, noch unbekannt seyn mochte. Dabey lag also zum Grunde die sehr natürliche Unterscheidung folgender drey Zustände: I. Einsicht in das Geschäft selbst, worüber verhandelt wird, II. Mangel dieser (materiellen) Einsicht, neben (formaler) Verstandesentwicklung, das heißt neben dem Verständniß der bey der Verhandlung auszusprechenden Worte (g), III. Mangel dieses letzten Verständnisses, obgleich vielleicht die Worte vernehmlich, aber gedankenlos nachgesprochen

(g) Diese Unterscheidung von zwey verschiedenen Entwicklungsstufen, die in den Stellen der Römischen Juristen unverkennbar zum Grunde liegt, würde darin weniger übersehen worden seyn, wenn die Römer dabey einen festeren und bestimmteren Sprachgebrauch durchgeführt hätten. Zuweilen allerdings finden sich solche Ausdrücke, welche denjenigen, die noch nicht proximi pubertati sind, nur die Einsicht in den Gegenstand, also die materielle Geschäftskenntniß, absprechen (z. B. *L.* 5 *de R. J.* „qui fari possunt, quamvis *actum rei* non intelligerent, eben so *L.* 1 § 13 *de O. et A.* (Note a) „nondum intelligat *quid agatur*," und *L.* 9 *de adqu. vel om. her.* „ut *causam adquirendae hereditatis* non intelligat"), während sie ihnen das intelligere überhaupt, d. h. das verständige Bewußtseyn, wohl zusprechen (*L.* 14 *de spons.*, abgedruckt oben im Text N. 4). Dagegen sind wieder andere Stellen, welche von jenen Unmündigen schlechthin sagen: *nullum* intellectum habent (§ 10 *J. de inut. stip.* 3. 19., s. o. Note a). — Übrigens ist die höhere Entwicklung (das *actum* rei intelligere) relativ, und zwar nicht blos abhängig von den individuellen Anlagen, sondern auch von der Natur des Geschäfts selbst. Ein Knabe z. B. wird früher lernen, mit Sachkenntniß ein Kleidungsstück einzukaufen, als einen verwickelten Societätscontract abzuschließen. — Der Gedanke ist also eigentlich der: Nach zurückgelegter Kindheit hat der Unmündige hinreichend passiven Verstand, um das Denken und Wollen des auctorirenden Tutors in sich aufzunehmen und zu dem seinigen zu machen; steht er nahe an der Mündigkeit, so darf ihm auch schon ein selbstthätiger, die Geschäfte begreifender und verarbeitender Verstand zugeschrieben werden.

werden könnten. Bey dem ersten Zustand (Puberes und pubertati proximi) versteht sich die Handlungsfähigkeit von selbst; bey dem zweyten (qui fari possunt) ist sie als Erleichterung des Verkehrs nachgelassen worden; bey dem dritten (Infantia) soll auch diese Erleichterung nicht statt finden.

Ehe aber dieses Alles historisch bewiesen werden kann, muß an die schon oben erwähnte Schwierigkeit erinnert werden, die für das praktische Leben aus der bey jedem Einzelnen allmäligen, bey verschiedenen Menschen aber sehr ungleichen, Entwicklung der Sprachfähigkeit hervorgeht. Hier war eine feste und für Alle gleichförmige Gränze praktisch sehr wünschenswerth. Nun wurde den Römern eine uralte Lehre griechischer Philosophie bekannt, welche der Zahl Sieben geheimnißvolle Kräfte, und den siebenjährigen Lebensperioden eine besondere Wichtigkeit beylegte. Diese Lehre kam jenem praktischen Bedürfniß auf die willkommenste Weise entgegen, und so geschah es, daß die Gränze der Kindheit gerade auf das Ende des siebenten Jahres allgemein angesetzt wurde, anstatt daß wohl auch Sechs oder Acht Jahre dafür angenommen werden konnten (h). Nimmt man nun Sieben Jahre an, so folgt

(h) Es darf also nicht so verstanden werden, als wäre diese ganze Lehre von der Infantia erst durch griechische Philosophie in das Römische Recht gekommen; nur die Fixirung auf ein bestimmtes Jahr überhaupt, und gerade auf Sieben Jahre, ist daher abzuleiten. Die Zeugnisse für die alte Philosophenlehre sind sehr gründlich zusammengestellt in der oben (Note e) angeführten Recension S. 669 fg.

daraus zugleich unmittelbar die Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, daß das fari posse nicht in dem gemeinen, sondern in einem höheren Sinn verstanden wurde, indem es kaum jemals vorkommen wird, daß ein Kind vor dem achten Jahr gar nicht sprechen lernen sollte.

Die Richtigkeit dieser Sätze beruht auf dem Beweise, daß in der That die Infantia genau die ersten Sieben Lebensjahre ausfüllt, und dieser Beweis soll nunmehr durch Zusammenstellung folgender übereinstimmenden Zeugnisse juristischer und nichtjuristischer Art geführt werden.

1) *L.* 1 § 2 *de admin.* (26. 7.). Der Tutor kann für seinen Mündel, wenn dieser verklagt wird, den Prozeß führen. Diesen Satz führt Ulpian in folgenden Worten weiter aus:

licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant: *pro his autem qui supra septimum annum aetatis sunt,* et praesto fuerint, auctoritatem praestent.

Das heißt: der Tutor hat die Wahl, ob er will allein den Prozeß führen, oder dem prozeßführenden Mündel die auctoritas geben. Freylich wenn der Mündel noch nicht sprechen kann, oder abwesend ist, so kann nur der Tutor allein handeln; das erwähnte gemeinschaftliche Handeln kann also nur eintreten, wenn der Mündel sowohl das siebente Jahr zurückgelegt hat, als auch anwesend ist. —

Hier ist also das fari posse als gleichbedeutend gesetzt mit dem Ablauf des siebenten Lebensjahres, und die Schlußworte auctoritatem praestent müssen in Gedanken ergänzt werden durch si velint, so daß sie blos die Wiederholung bilden sollen von den vorhergehenden Worten licentia erit (i).

2) *L.* 8 *C. Th. de maternis bonis* (8. 18.). Wenn einem in väterlicher Gewalt stehenden Sohn eine hereditas oder bonorum possessio zufällt, so soll während der Infantia der Vater allein den Erwerb besorgen, nach der Kindheit, das heißt nach dem Ende des siebenten Lebens-

(i) Unterholzner (Note e) nimmt in dieser Stelle die Unterscheidung von drey Lebensaltern an: 1) Kinder, die noch gar nicht sprechen, 2) Von da bis Sieben Jahre, 3) Über Sieben Jahre. Im ersten soll nur der Tutor allein handeln, im zweyten soll er die Wahl haben, im dritten sollen nur beide vereinigt handeln können. Zunächst wird aber durch diese Erklärung dem Ulpian eine sehr fehlerhafte Ausdrucksweise aufgebürdet, wie dieses der oben angeführte Recensent S. 678 ausgeführt hat. Ganz entscheidend aber gegen diese Erklärung ist Folgendes. Unter jenen drey Sätzen wäre der wichtigste der dritte, durch welchen es dem Tutor untersagt seyn soll, für den schon Siebenjährigen den Prozeß allein zu führen. Allein dieser wichtigste Satz ist auch ganz gewiß falsch. Für die active Prozeßführung (im § 2 ist von der passiven die Rede) giebt der § 4 dem Tutor ohne alle Einschränkung die Befugniß, allein zu handeln. Besonders aber hat diese uneingeschränkte Befugniß, sowohl bey der activen als bey der passiven Prozeßführung, auch der Curator eines Minderjährigen (*L.* 1 *cit.* § 3. 4). Es ist aber völlig undenkbar, daß jemals dieser Curator sollte ein ausgedehnteres Recht gehabt haben, als der Tutor eines Unmündigen über Sieben Jahre. Nimmt man nun aus diesen Gründen an, daß der am Ende stehende Ausdruck auctoritatem praestent eben so wie der vorhergehende licentia erit, dem Tutor die Wahl läßt, so unterscheidet Ulpian überhaupt nicht Drey Lebensalter, sondern nur Zwey.

jahres, der Sohn selbst; auch soll dabey nicht auf die frühere oder spätere Sprachentwicklung der Individuen gesehen werden.

.. infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus, pater .. imploret .. hac vero aetate finita, filius Edicti beneficium petat rel.

Stände diese Stelle allein, so könnte man glauben, Arcadius habe die Sieben Jahre erfunden; die Vergleichung mit allen übrigen Stellen läßt keinen Zweifel, daß dieser Ausdruck nur dem Gesetzstyl der späteren Kaiser zuzurechnen ist. Eben deshalb ist selbst auf die Worte sive maturius sive tardius nicht allzu viel Gewicht zu legen, aus welchen man sonst wohl abnehmen könnte, nach einer abweichenden Meynung mancher Juristen hätte die individuelle Sprachfähigkeit untersucht werden müssen, und diese Controverse hätte jetzt der Kaiser entscheiden wollen. Unmöglich ist eine solche Controverse nicht, aber jene Worte können auch als ganz müßige Amplification, oder als Vorbeugung gegen einen blos denkbaren Zweifel, dastehen.

3) *L.* 18 *pr.* und § 4 *C. de jure delib.* (6. 30.).

Si *infanti, id est minori septem annis*, ... hereditas sit derelicta .... und nachher § 4: Si autem septem annos aetatis pupillus excesserit rel.

4) *L.* 14 *de sponsal.* (23. 1.).

In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium defi-

nita non est ... si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est si non sint minores quam septem annis.

Hier iſt nicht geradezu geſagt, daß unter den minores quam septem annis eben Diejenigen zu verſtehen ſind, welche anderwärts Infantes heißen; aber die Meynung des Juriſten war es ohne allen Zweifel, und die Veranlaſſung zu dieſer Zeitbeſtimmung lag ganz einfach darin, daß in der älteren Zeit die Verlobung durch eine Stipulation geſchloſſen zu werden pflegte (k).

5) QUINCTILIANUS I. 1: Aut cur hoc *usque ad septem annos* lucrum fastidiamus? ... quantum *in infantia* praesumptum est temporis, adolescentiae adquiritur.

Hier nimmt er offenbar Infantia und Alter unter Sieben Jahren als völlig gleichbedeutend.

6) MACROBIUS in somn. Scip. I. 6: eodemque anno, id est *septimo, plene* absolvitur *integritas loquendi.*

7) ISIDORI origines XI. 2. Prima aetas *infantia* est ... quae porrigitur in *septem annis.*

In dieſem Theil der Unterſuchung ſind bisher zwey Ausdrücke ſtillſchweigend angewendet worden, welche nun noch einer genaueren Feſtſtellung um ſo mehr bedürfen, als darüber unſere Juriſten von jeher ſehr viel geſtritten

(k) *L.* 2 *de sponsal.* (23. 1.). — „Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari, et spondere sibi uxores futuras."

haben; es ſind die Ausdrücke Pubertati und Infantiae proximus (l). Manche haben Dieſes von einer genauen Halbirung des Zeitraums zwiſchen der Kindheit und Pubertät verſtanden, ſo daß, nach Verſchiedenheit der Geſchlechter, $10\frac{1}{2}$ und $9\frac{1}{2}$ Jahre den Gränzpunkt bilden würden (m). Andere nehmen es ganz ſubjectiv, ſo daß ein frühreifer Knabe ſchon im achten Jahr pubertati proximus heißen könnte, ein ſehr unentwickelter noch im vierzehenten Jahr infantiae proximus. Hält man ſich aber ganz einfach an den Wortſinn, ſo muß man beide Erklärungen verwerfen, und unter dem proximus denjenigen verſtehen, der dem einen oder anderen Gränzpunkte ſehr nahe ſteht. Dann liegt zwiſchen beiden in der Mitte ein größerer Zeitraum, der gar keinen Namen führt. Der praktiſche Sinn jener Ausdrücke iſt aber ohne Zweifel der, daß eine gewiſſe Geſchäftskenntniß nahe an der Pubertät zu vermuthen, nahe an der Kindheit nicht zu vermuthen iſt, wobey alſo die Beurtheilung der unbeſtimmten Zwiſchenzeit ganz dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen bleibt, ja ſelbſt nicht ausgeſchloſſen wird von jener Vermuthung da abzuweichen, wo eine ganz ungewöhnlich frühe oder ſpäte Entwicklung klar

(l) Über die Bedeutung dieſer Ausdrücke finden ſich viele ältere Meynungen zuſammengeſtellt in J. Gothofredi Comm. in tit. de reg. juris, L. 111 tit. cit. — Von neueren Schriftſtellern ſind darüber zwey beſondere Abhandlungen zu bemerken: Genſler im Archiv für civiliſt. Praxis B. 4 N. 18, und Dirkſen im Rheiniſchen Muſeum B. 1 (Jurisprudenz) S. 316—326.

(m) Dieſe Meynung hat ſchon Accursius in L. *Pupillum* (111.) de R. J.

vorliegt (n). Inſoferne liegt alſo auch in der zweyten, oben verworfenen, Erklärung ein wahres Element, nur daß ſie ganz ohne Noth den Worten Gewalt anthut. Bey Rechtsgeſchäften hat nun dieſe ganze Unterſcheidung ihren praktiſchen Werth völlig verloren, ſeitdem hier die oben erwähnte benigna interpretatio (Note a) Alles ausgegli-chen hat. Sie iſt daher nur noch bey Delicten erheblich geblieben, wie dieſes im folgenden § bemerkt werden wird.

Zum Behuf der genauen Anwendung der zwey aufge-ſtellten Vermuthungen kann man fragen, welches die eigent-liche Gränze des proximus ſey. Darüber findet ſich keine Beſtimmung. Will man indeſſen eine Gränze annehmen, die doch auf einem allgemeinen Grunde, nicht auf bloßer Willkühr, beruht, ſo kann man proximus Denjenigen nen-

(n) Dieſer praktiſche Sinn des proximus infantiae und pubertati leuchtet deutlich genug aus ſolchen Stellen hervor, worin das ſo bezeichnete Alter als Kennzeichen des Daſeyns einer vollſtändigeren Urtheilsfähigkeit, das heißt als Vermuthungsgrund dafür, angegeben wird. § 10 *J. de inut. stip.* (3. 19.) „infans et qui infanti proximus est .. nullum intellectum habent (Note a).— § 18 (*al.* 20) *J. de oblig. ex del.* (4. 1.) „si proximus pubertati sit *et ob id intelligat* se delinquere." — *L.* 4 § 26 *de doli exc.* (44. 4.) „doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse." — Mit dieſer Anſicht übereinſtimmend iſt Dirkſen a. a. O. Anders verfährt Genſler a. a. O. Er meynt, die Halbirung des Zeitraums (nach Accurſius) liege zwar nicht in den Worten, aber doch im Geiſte des R. R., und zwar in folgendem Sinn. Bey dem infantiae proximus ſey Dolus unmöglich, Culpa möglich, aber erſt zu erweiſen; der pub. prox. ſey des Dolus wie der Culpa fähig, doch werde nur die Culpa präſumirt, der Dolus müſſe erwieſen werden; neben beiden Präſumtionen aber gelte ſtets der Gegenbeweis. Eine unrömiſchere Behandlung der Sache läßt ſich ſchwer anbringen.

nen, der weniger als ein volles Jahr von dem einen oder andern Gränzpunkt entfernt iſt. Dann wären durch jene Ausdrücke die Zeiträume zwiſchen 7 und 8 Jahren und zwiſchen 13 und 14 (oder 11 und 12 im weiblichen Geſchlecht) bezeichnet (o). Daß die Römiſchen Juriſten es nicht nöthig fanden, eine ſolche genauere Beſtimmung hinzuzufügen, erklärt ſich wohl aus der ſo eben bemerkten geringen praktiſchen Wichtigkeit, welche dieſen Begriffen übrig geblieben war.

§. 108.

II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe: A. Altersſtufen. Infantes und Qui fari possunt. (Fortſetzung.)

Die im vorigen §. über den Einfluß der zurückgelegten Kindheit aufgeſtellten Regeln ſollen nunmehr auf die wichtigſten einzelnen Rechtsverhältniſſe angewendet werden, wobey zugleich noch einige merkwürdige Ausnahmen zur Sprache kommen müſſen.

Der hier anzuwendende Grundſatz lautete aber alſo. Das Kind iſt aller juriſtiſch wirkſamen Handlungen unfähig. Der Unmündige, der nicht mehr Kind iſt, kann mit Genehmigung des Tutors alle Handlungen vornehmen: ohne Genehmigung nur diejenigen, welche blos Vortheil bringen ohne Nachtheil oder Gefahr. Dieſer letzte Theil des Grundſatzes wird ſo ausgedrückt: meliorem qui-

(o) Auch dieſe Meynung iſt ſchon früher aufgeſtellt worden. Vgl. J. Gothofredus l. c.

dem suam condicionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore (a).

I. Bey den obligatoriſchen Verträgen zeigt ſich jener Grundſatz am reinſten und vollſtändigſten.

Jeder Unmündige alſo, der nicht mehr Kind iſt, kann auch ohne Tutor gültig ſtipuliren, nicht promittiren (b).

So bey einſeitigen Verträgen. Schließt er dagegen allein einen zweyſeitigen Vertrag, worin ſtets Gewinn und Verluſt gemiſcht iſt (wie Kauf und Miethe), ſo iſt der Vertrag für den Gegner bindend, für den Unmündigen nicht, das heißt es ſteht in der Wahl des Tutors, ob er den Vertrag ganz anerkennen oder verwerfen will (c).

Eine natürliche Beſchränkung erleiden dieſe Regeln bey

(a) *pr. J. de auctor.* (1. 21.), *L.* 28 *pr. de pactis* (2. 14.). In der Pandektenſtelle ſteht nur die erſte Hälfte dieſer Regel, in den Inſtitutionen ſtehen beide, obgleich in manchen Handſchriften die zweyte Hälfte gleichfalls fehlt. Eine beſondere Anwendung der zweyten Hälfte enthält *L.* 10 *de jur. et facti ign.* (22. 6.). „Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur." So wie hier die Stelle in die Digeſten aufgenommen iſt, erklärt ſie den Pupillen für unfähig, durch ſein Bewußtſeyn in irgend einen Nachtheil zu kommen, wodurch alſo jede Verpflichtung durch Culpa ausgeſchloſſen ſeyn würde. Zunächſt dachte aber Papinian an den Verluſt durch verſäumte Friſt der bonorum possessio, welches daraus erhellt, daß die Stelle durch ihre Inſcription mit *L.* 2 *de successorio ed.* (38. 9.) zuſammenhängt, worin nicht von einem Pupillen, ſondern von einem Minderjährigen die Rede iſt, der die B. P. wirklich agnoſcirt, und dann dagegen reſtituirt wird.

(b) *pr. J. de auctor.* (1. 21.), § 9 *J. de inut. stip.* (3. 19.). (Gajus III. § 107), *L.* 9 *pr. de auctor.* (26. 8.), *L.* 8 *pr. de adqu. her.* (29. 2.), *L.* 41 *de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 1 *C. de inut. stip.* (8. 39.).

(c) *pr. J. de auctor.* (1. 21.), *L.* 5 § 1 *de auctor.* (26. 8.), *L.* 13 § 29 *de act. emti* (19. 1.).

dem Unmündigen, der noch unter väterlicher Gewalt steht, und der auf keine Weise eine Schuld contrahiren kann (d). Denn auch bey dem proximus pubertati paterfamilias gründete sich die Möglichkeit des Eintritts in ein Schuldverhältniß, wenngleich nicht wie bey einem jüngeren auf benigna interpretatio (§ 107. a), dennoch auf die künstliche Anstalt der auctoritas, und diese war nur eingeführt wegen des dringenden Bedürfnisses bey einem mit eigenem Vermögen versehenen Unmündigen (§ 107). Bey dem filiusfamilias, der kein Vermögen haben konnte, war dieses Bedürfniß nicht vorhanden, und darum war es ganz unnütz dem Vater eine ähnliche Macht wie die tutoris auctoritas zu verleihen, blos damit der Sohn möchte Schuldner werden können.

II. Bey den Obligationen aus Delicten gelten andere Regeln. Delicte sind nicht, wie die Rechtsgeschäfte, Bedürfniß für den Verkehr, sondern vielmehr nur Störungen desselben. Daher ist für sie weder die benigna interpretatio (§ 107. a) angewendet worden, noch auch überhaupt die auctoritas, wodurch ja nur erlaubte Ge-

(d) § 10 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 141 § 2 *de V. O.* (45. 1.). — Dieser Satz bezieht sich nur auf das ältere Recht, nicht auf die der neueren Zeit des R. R. angehörenden sogenannten Peculien. Ein castrense kann der Unmündige überhaupt noch nicht haben; als aber das sogenannte adventitium aufkam, war die Gewohnheit und das Bedürfniß der auctoritas schon so vermindert, daß man es wohl deswegen unterließ, besondere Vorkehrung für diesen Fall zu treffen. Namentlich für das sogenannte extraordinarium bekam der unmündige Sohn keinen Tutor, sondern einen Curator, der also zur auctoritas unfähig war. *L.* 8 § 1 *C. de bon. quae lib.* (6. 61.).

schäfte erleichtert werden sollten. Wollte man aber dabey strenge stehen bleiben, so läge darin ein großes Unrecht gegen den Verletzten, der gegen das Delict des Unmündigen gar keine Hülfe gehabt hätte. Deshalb gilt hier folgende Regel. So lange der Unmündige das in seiner Handlung liegende Unrecht noch nicht begreift, entsteht für ihn überhaupt keine Verpflichtung; ist er fähig es zu begreifen, so wird er durch seine einseitige Handlung verpflichtet, so daß also diese Art der Obligationen auf der einen Seite schwerer, auf der andern aber leichter entsteht, als die Obligationen aus Verträgen. Daß er fähig ist das Unrecht zu begreifen, wird bey ihm vermuthet sobald er proximus pubertati ist; hier also ist der einzige Fall, worin dieser Begriff noch praktischen Einfluß hat(e). Allein die individuelle Beurtheilung sollte durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen seyn. Diese gründet sich nicht blos auf die größere oder geringere Entwicklung des Unmündigen, sondern auch auf die mehr oder weniger einfache Natur der verbotenen Handlung; so z. B. wird ein zwölfjähriger Knabe leicht wissen was er thut, wenn er Geld stiehlt; aber er wird es vielleicht nicht begreifen, wenn ihn ein Anderer zu einem künstlich angelegten Be-

(e) In manchen Stellen wird als Bedingung der Zurechnung das proximus pubertati ausgedrückt, in anderen das doli (oder culpae) capax; mit so willkührlicher Abwechslung, daß Beides nothwendig als gleichbedeutend gedacht seyn muß. Am unverkennbarsten ist es in den Stellen, worin beide Bedingungen, als in einem Causalzusammenhang stehend, mit einander verbunden werden, vgl. § 107. n.

trug als Werkzeug gebraucht (f). Dagegen würde es ganz unrichtig ſeyn, hierin den Unterſchied zwiſchen culpoſen und doloſen Delicten als entſcheidend anzuſehen, ſo daß der Unmündige früher zu jenen als zu dieſen für fähig zu halten wäre (g). — Dieſe Grundſätze werden nun in vielen Delicten mit großer Conſequenz durchgeführt (h). — Ganz dieſelben Grundſätze aber gelten auch bey ſolchen Obligationen, deren erſte Entſtehung nicht in einem Delict, ſondern in einem Vertrag u. ſ. w., enthalten iſt, wobey aber die einzelne Anwendung der Klage auf einen

(f) *L.* 13 § 1 *L.* 14 *de dolo* (4. 3.). Die erſte Stelle ſagt, auch die doli actio könne gegen den proximus pubertati gehen; dieſes führt die zweyte Stelle weiter aus in folgenden Worten: Quid enim si impetraverit a procuratore petitoris ut absolveretur ... vel alia similia admisit, *quae non magnam machinationem exigunt?*" Noch deutlicher tritt dieſe Anſicht bey der Frage wegen der Zurechnung mancher öffentlichen Verbrechen hervor, von welchen ſogleich die Rede ſeyn wird. (Note k).

(g) Dieſen Unterſchied behauptet Gensler (§ 107. n), ohne Zweifel weil bey mehreren doloſen Delicten der proximus pubertati ausgedrückt wird, bey culpoſen (die aber überhaupt nur ſelten vorkommen) nicht, wie in *L.* 5 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 23 *de furtis* (47. 2.). Allein in eben ſo vielen Stellen wird auch dort nur der doli capax erwähnt, gerade ſo wie hier nur der culpae capax. Ja in *L.* 23 *cit.* werden beide mit völlig gleichartigen Ausdrücken unmittelbar neben einander genannt. — Sieht man auf das Weſen der Sache, ſo iſt es wohl einleuchtend, daß man einem Knaben meiſt früher einen Diebſtahl wird zurechnen können, als die Unvorſichtigkeit woraus gegen einen Erwachſenen unfehlbar die actio legis Aquiliae entſtehen würde.

(h) So bey furtum, damnum injuria datum, und injuria. § 18 (*al.* 20.) *J. de oblig. ex del.* (4. 1.), *L.* 23 *de furtis* (47. 2.), *L.* 5 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 111 *pr. de R. J.* (50. 17.), *L.* 3 § 1 *de injur.* (47. 10.). — Bey vi bonorum raptorum. *L.* 2 § 19 *vi bon. rapt.* (47. 8.). — Bey sepulchrum violatum. *L.* 3 § 1 *de sep. viol.* (47. 12.). — Bey dolus. *L.* 13 § 1 *L.* 14 *de dolo*

Dolus sich gründet (i). — Und eben so werden diese Grundsätze auch auf die Bestrafung öffentlicher Verbrechen angewendet, bey welchen ganz besonders hervorgehoben wird, daß die Zurechnung von der mehr oder weniger einfachen und leicht einzusehenden Natur des Verbrechens abhängig seyn soll (k).

III. Bey der Auflösung der Obligationen ist die Anwendung des Grundsatzes einfach und unbedenklich. Der Unmündige kann einen Erlaßvertrag schließen: wenn er Schuldner ist für sich allein, als Gläubiger aber nur mit dem Tutor (l). — Zahlung leisten würde er können, weil er dadurch Befreyung erwirbt: dennoch kann er es nicht ohne Tutor, weil es nicht geschehen kann ohne Veräußerung des Geldes. Ganz eben so verhält es sich mit dem Empfang einer Zahlung, wodurch er zwar Geld erwirbt, auf der andern Seite aber auch eine Forderung verliert (m).

(4. 3.), *L.* 4 § 26 *de doli except.* (44. 4.).

(i) *L.* 1 § 15 *depos.* (16. 3.), *L.* 46 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 3 § 2 *de tribut.* (14. 4.).

(k) So soll das Falsum nicht leicht jemals bey Unmündigen anwendbar seyn. (*L.* 22 *pr. ad L. Corn. de falsis* (48. 10.). Bey dem Falschmünzen wird sonst auch das Mitwissen bestraft, an den Unmündigen nicht weil sie es nicht verstehen. (*L.* 1 *C. de fulsa mon.* 9. 24.). Besonders lehrreich ist auch die feine Beurtheilung eines einzelnen Falls in *L.* 14 *de Sc. Silan.* (29. 5.). — Schon in den zwölf Tafeln war für das furtum manifestum und den Feldschaden bestimmt, der Unmündige solle praetoris arbitratu gepeitscht werden; dieses Ermessen betraf wohl weniger das Maas der Züchtigung, als die Zurechnung überhaupt. Vgl. Dirksen zwölf Tafeln S. 45. 577, und im Rhein. Museum B. 1 S. 325.

(l) *L.* 28 *pr. de pactis* (2. 14.).

(m) § 2 *J. quib. alienare* (2.

IV. Die Prozeßführung, der Unmündige mag nun Kläger oder Beklagter ſeyn, iſt wegen des ungewiſſen Ausgangs ſtets ein gefährliches Geſchäft; daher iſt dazu der Unmündige fähig nur mit Genehmigung des Tutors (n).

V. Eigenthum erwerben kann der Unmündige auch allein, weil er dadurch nur reicher wird. Veräußern kann er nur mit dem Tutor, weil er dadurch ſein Vermögen vermindert (o). — So konnte alſo namentlich die Freylaſſung eines Sklaven von dem Unmündigen nur mit dem Tutor gemeinſchaftlich vorgenommen werden (p).

VI. Sponſalien ſchließen kann der Unmündige für ſich allein (q), welches ſo zu erklären iſt. Steht er in väterlicher Gewalt, ſo iſt er ohnehin, auch unabhängig von dem unreifen Alter, an des Vaters Einwilligung ſtreng gebunden. Iſt er unabhängig, ſo konnte freylich die Genehmigung des Tutors nicht aushelfen, da dieſe ſich nur auf das Vermögen bezieht, womit die Sponſalien nicht in Verbindung ſtehen. Man möchte alſo, nach der Analogie

8.), *L.* 9 § 2 *de auctor.* (26. 8.), *L.* 14 § 8 *L.* 15 *de solut.* (46. 3.).

(n) *L.* 1 § 2. 4 *de admin.* (26. 7.). Vgl. § 107. Num. 1.

(o) § 2 *J. quib. alienare* (2. 8.), *L.* 9 *pr.* § 2 *de auctor.* (26. 8.), *L.* 11 *de adquir. rer. dom.* (41. 1.). — Die erſte Hälfte der Regel kommt nicht leicht rein für ſich zur Anwendung. Denn gründet ſich der Erwerb auf ein feyerliches Geſchäft, wie die Mancipation, ſo konnte wohl niemals der Unmündige ohne Tutor dabey überhaupt auftreten, ſo daß hierin Gewinn und Verluſt keinen Unterſchied machte; entſteht er aber durch Beſitz, wie bey der Tradition, ſo kommen die etwas modificirten Regeln vom Beſitzerwerb (ſ. u. Num. VIII.) zur Anwendung.

(p) *L.* 24 *de manum. vind.* (40. 2.), *L.* 30 § 1. 2. 3. 4 *de fid. lib.* (40. 5.), *L.* 9 § 1 *de auctor.* (26. 8.).

(q) *L.* 14 *de sponsal.* (23. 1.). Vgl. oben § 107. Num. 4.

der Obligationen, erwarten, daß die Sponſalien in jenem Alter vielmehr gänzlich unterbleiben müßten. Daß man ſie dennoch, und zwar dem Unmündigen allein, geſtattete, erklärt ſich wohl aus der ganz ungefährlichen Natur einer Handlung, die durch einſeitige Willkühr jederzeit wieder entkräftet werden kann. Die einzige Gefahr war etwa die, daß vielleicht derſelbe Unmündige abermals Sponſalien eingieng, ohne die erſten gekündigt zu haben, auf welche Handlung allerdings die Infamie folgte (§ 77. IV.).

In den bisher abgehandelten Fällen (mit Ausnahme der Delicte) kam unſer Grundſatz rein zur Anwendung; in den folgenden Fällen ſind durch eigenthümliche Schwierigkeiten einige Ausdehnungen der ſonſt geltenden Fähigkeit veranlaßt worden.

VII. Erwerb einer Erbſchaft. Dieſer iſt ſtets mit der Übernahme von Obligationen verbunden. Daher kann der Unmündige nie allein dieſe Handlung vornehmen, wohl aber (vom achten Lebensjahr an) ſtets mit dem Tutor, ſelbſt wenn er ſo jung und unentwickelt iſt, daß er die Wichtigkeit dieſer Handlung nicht begreift (r). Dieſes Alles liegt in der reinen Anwendung unſres Grundſatzes.

(r) § 1 *J. de auctor.* (1. 21.), *L.* 9 *L.* 8 *pr. de adqu. her.* (29. 2.), *L.* 9 § 3. 4 *de auctor.* (26. 8.), *L.* 1 *C. ad Sc. Tert.* (6. 56.): „Licet liberi .. ita demum *per se* heredes existant, si fari possint" rel. Hier heißt das per se nicht etwa: für ſich allein — denn ſo können es auch die älteren Unmündigen nicht; ſondern: durch ihre Mitwirkung. Wahrſcheinlich ſind die Worte eingeſchoben, um die Stellen mit den ſogleich zu erwähnenden ſpäteren Erleichterungen in Einklang zu bringen.

Allein damit war hier das praktische Bedürfniß noch lange nicht befriedigt. Der Erwerb der Erbschaft unterscheidet sich von jedem andern Erwerb dadurch, daß er ein höchst persönliches Geschäft ist. Darum konnte zu keiner Zeit ein Sklave die dem Herrn deferirte Erbschaft für diesen erwerben, anstatt daß er ihm durch Mancipation oder Stipulation allerdings erwerben konnte. Eben so konnte dieser Erwerb niemals durch freye Mittelspersonen bewirkt werden, selbst nachdem diese zu vielen anderen Erwerbungen zugelassen worden waren. War also der berufene Erbe noch in der Kindheit, so konnte für ihn weder der Tutor durch eigenes Handeln, noch auch ein Sklave, aushelfen, und diese wichtigste unter allen Erwerbungen hätte also überhaupt bey Kindern unterbleiben müssen, lediglich zu Ehren der strengen Rechtsform. — Dieselbe Schwierigkeit trat ein bey denjenigen Infantes, die noch in väterlicher Gewalt standen, nur kam bey diesen im älteren Recht der Anfall einer Erbschaft seltner vor; er wurde erst häufig und wichtig seit dem Sc. Orphitianum und den neueren Kaisergesetzen (s). Wie war nun in diesen Fällen zu helfen?

Paulus schlägt eine Auskunft vor, die von folgender

(s) Nach Agnationsrecht nämlich konnte dem filiusfamilias keine Erbschaft zufallen, weil der Vater dem Verstorbenen stets um einen Grad näher stand. Durch Testament war es zwar möglich, aber die Erbeinsetzung eines Kindes von Seiten eines Fremden ist wohl überhaupt nicht häufig; vollends wenn dieses Kind in väterlicher Gewalt stand, war es einfacher sogleich den Vater einzusetzen.

Betrachtung ausgeht. Die Erbſchaft könne überhaupt erworben werden durch ausgeſprochene Worte (cernendo oder nuda voluntate) oder durch Handlungen (gerendo) (t). Die erſte Art ſey freylich nicht möglich bey dem qui fari non potest, wohl aber die zweyte, der Tutor könne alſo das Kind Handlungen eines Erben vornehmen laſſen und dazu die Genehmigung ertheilen (u). Hier geſtattet er alſo die auctoritas während der Infantia, worin ſie ſonſt durchaus nicht zugelaſſen wird; offenbar nur aus Noth, und indem er ſich zu dieſem Zweck hinter den Wortſinn von Infans verſteckt, ſich alſo darüber hinwegſetzt, daß in allen anderen Beziehungen nicht blos wegen der Sprachunfähigkeit die Möglichkeit der auctoritas bey dem Infans verneint wird, ſondern zugleich wegen des damit verbundenen gänzlichen Mangels an intellectus (v).

(t) Gajus II. § 167.

(u) *L.* 65 § 3 *ad Sc. Treb.* (36. 1.) „sive enim heres institutus esset, non dubie *pro herede, tutore auctore, gerere posse videtur.*" Er macht davon Anwendung auf den Empfang eines Erbſchaftsfideicommiſſes, wobey er nur unter der Vorausſetzung einige Schwierigkeit findet, daß der eingeſetzte Erbe zum Antritt gezwungen werden muß; eben dieſe Schwierigkeit beſeitigt er in den angeführten Worten durch die Analogie der hereditas. — Bey der bonorum possessio, die als ein prätoriſches Inſtitut viel freyer behandelt wurde, half man ſich einfacher. Der Vater ſollte für das Kind, der Tutor für den Mündel, ſelbſt die B. P. erbitten dürfen, alſo ganz ohne perſönliches Mitwirken des berufenen bonorum possessor. *L.* 7. § 1 *L.* 8 *L.* 11 *de B. P.* (37. 1.), *L.* 3 *C. qui admitti* (6. 9.). — Über die Behandlung der Erbſchaftsfideicommiſſe, die ein Unmündiger empfangen oder reſtituiren ſoll, vgl. außer der angeführten *L.* 65 § 3 *ad Sc. Treb.* auch *L.* 37 § 1 *eod.* und *L.* 7 *pr. C. eod.* (6 49.).

(v) Vgl. oben § 107. f. Wäre die Anſicht des Paulus durchgreifend, und nicht blos ein Nothbe-

Späterhin beſeitigte man die Schwierigkeit auf eine durchgreifendere, weniger ſubtile Weiſe, durch Kaiſergeſetze. Während der Kinderjahre des berufenen Erben ſollte ihm ganz ohne eigenes Zuthun die hereditas erworben werden können durch ſeinen Tutor, oder (wenn er noch in väterlicher Gewalt ſtand) durch den Vater (w). Dadurch war nun die Abweichung von den ſtrengen alten Rechtsregeln auf eine andere Seite gelegt. Anſtatt daß Paulus die auctoritas während der Kinderjahre zulaſſen wollte, ließ man jetzt die Regel fallen, daß der berufene Erbe nur in eigener Perſon die hereditas erwerben könne; dadurch war aber auch jene frühere Auskunft ganz überflüſſig geworden, und ſie ſteht in den Digeſten nur noch als eine Antiquität da.

VIII. Erwerb des Beſitzes.

Nach der Analogie der bisher abgehandelten Rechtsinſtitute möchte man hier Folgendes erwarten. Erwerben müßte der Unmündige den Beſitz auch für ſich allein, weil darin reiner Gewinn liegt; aufgeben könnte er ihn nur mit dem Tutor, denn obgleich der Beſitz an ſich ſelbſt kein Recht iſt, ſo ſind doch bedeutende rechtliche Vortheile

helf geweſen, ſo hätte man auch die auctoritas neben dem Conſenſualcontract eines Infans behaupten müſſen. Dieſes iſt jedoch niemals verſucht worden, offenbar weil kein praktiſches Bedürfniß dazu trieb.

(w) *L.* 8 *C. Th. de bonis mat.* (8. 18.), *L.* 18 *pr.* § 2. 4 *C. de j. delib.* (6. 30.). — Praktiſch wichtig war dieſe Neuerung eben nicht, da in allen Fällen einer ſolchen hereditas auch ſchon durch Agnition der bonorum possessio (Note u) der Zweck des Vermögenserwerbs erreicht werden konnte.

daran geknüpft worden. Dieſer letzte Theil der aufgeſtellten Sätze iſt denn auch im R. R. unbedenklich anerkannt (x).

Nicht ſo der erſte Theil der aufgeſtellten Regel. Hierin zeigte ſich der Erwerb des Beſitzes ſchwieriger, als der Erwerb der ſtrengen Rechtsverhältniſſe des alten Rechts. Zwar der Erwerb mit Genehmigung des Tutors wird auch für den Beſitz unbedenklich zugelaſſen (y). Dagegen ſoll der allein handelnde Pupill ſchlechthin nur dann zu dieſem Erwerb fähig ſeyn, wenn er perſönlich bereits Einſicht in die Natur dieſes Geſchäfts (rei intellectum) haben kann; fehlt es ihm hieran, ſo erwirbt er nicht, und die für den Erwerb eigentlicher Rechte eingeführte benigna interpretatio (§ 107. a) kommt ihm hier nicht zu gut (z). Der

(x) *L.* 11 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.). „Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, *et ne quidem possessionem quae est naturalis*" rel. Verlieren freylich kann der Unmündige den Beſitz auch allein, nämlich corpore. *L.* 29 *de adqu. poss.* (41. 2.). Das iſt aber nicht veräußern, das heißt verlieren durch ſeinen Willen, ſo daß die Handlung, neben dem Verluſt des Beſitzes, auch zugleich die Natur einer Succeſſion hat. Vergl. Savigny Recht des Beſitzes, 6te Auflage, S. 418. 419.

(y) *L.* 1 § 3. 11 *de adqu. poss.* (41. 2.), *L.* 4 § 2 *de usurp.* (41. 3.).

(z) *L.* 1 § 3 *de adqu. poss.* (41. 2.). „... Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: *eam enim rem facti, non juris esse:* quae sententia recipi potest, *si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.*" Daß hier der *rei* intellectus, alſo der Geſchäftsbegriff, gemeynt iſt, ergiebt ſich theils aus der Vergleichung mit dem beſtimmteren Ausdruck einiger oben (§ 107. g) angeführten Stellen, theils aus *L.* 26 *C. de don.* (8. 54.) „aut habeat *rei, quae sibi donatur, adfectum.*" Eben darauf geht *L.* 4 § 2 *de usurp.* (41. 3.). „Pupillus .. si non tutore

Grund liegt darin, daß der Besitz seinem Wesen nach ein faktisches Verhältniß ist, dessen Grundbedingung, der animus possidendi, außerdem gänzlich fehlen würde. Bey der auctoritas, die allerdings auch nur ein künstliches Verhältniß ist, ließ man sich durch diese Bedenklichkeit nicht stören, weil in derselben der Tutor mit dem Pupillen als zu Einem Individuum verschmolzen gedacht wird, so daß in dieser Vereinigung das Bewußtseyn des Tutors zugleich als Bewußtseyn des Pupillen zu betrachten ist. — Ist nun in dieser Hinsicht der Erwerb des Besitzes, verglichen mit eigentlichen Rechten, dem Unmündigen erschwert, so wird er ihm auf der anderen Seite künstlich erleichtert. Anstatt daß nämlich außerdem während der Kinderjahre keine auctoritas zugelassen wird, so ist dieselbe hier, abweichend von der Regel, und blos wegen der Bedürfnisse des Verkehrs (utilitatis causa), besonders gestattet (aa). Der Grund

auctore possideat, *et animum possidendi habeat,* dicemus posse eam usucapere;" das heißt, wenn er, seiner Entwicklung nach, schon fähig ist, für diese Sache einen wahren animus possidendi zu fassen. — Das Daseyn dieses intellectus ist nun hier, wie anderwärts (§ 107. g), nach der Beschaffenheit der Gegenstände zu beurtheilen, so daß also derselbe Unmündige vielleicht den Besitz eines Geldstücks oder eines Kleides wird erwerben können, dem diese Fähigkeit bey einem Landgut abzusprechen ist. — Aus den oben angeführten sehr bestimmten Stellen sind übrigens einige unbestimmtere zu erklären. *L.* 1 § 11 *de adqu. poss.* (41. 2.). „... pupillus, *maxime tutore auctore,* adquirit possessionem" (maxime, d. h. dann unbedingt, ohne Tutor nicht immer). *L.* 32 § 2 *eod.* „Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest" (nämlich wenn er hinreichend entwickelt ist). Eben so auch *L.* 9 *pr. de auctor.* (26. 8.).

(aa) *L.* 32 § 2 *de adqu. poss.* (41. 2.). „Infans possidere recte

dieser eigenthümlichen Abweichung ist so zu erklären. Nach dem älteren Recht konnte überhaupt Niemand durch freye Mittelspersonen Rechte erwerben, also auch nicht der Pupill durch die Handlungen seines Tutors: bey dem Besitz insbesondere, welcher freylich nicht wie ein Recht, sondern wie eine Thatsache entsteht, gehört zu dieser Thatsache wesentlich der Wille des Besitzerwerbers, der aber nicht vorhanden ist, wenn blos der Tutor will. Daher konnte denn im älteren Recht der Tutor seinem Pupillen eben so wenig den Besitz, als Eigenthum oder Obligationen, erwerben. Allein bey diesen eigentlichen Rechten half das Sklavenverhältniß aus, indem jeder Sklave des Pupillen durch Mancipation oder Stipulation seinen Herrn zum Eigenthümer oder Glaubiger machte. Diese rein juristische Aushülfe fehlte bey dem Besitz, der nur durch die Thatsache des Willens, neben der körperlichen Herrschaft

potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: *utilitatis enim causa hoc receptum est*" rel. — Vgl. über diese Stelle Savigny Recht des Besitzes 6te Aufl. S. 285. — Es würde ganz unrichtig seyn, wenn man sich diese utilitas so vorstellen wollte, als hätten dadurch die eigenen Speculationen der Kinder begünstigt werden sollen; es kam darauf an, den Erwerbungen rechtliche Vollendung zu geben, die sich auf Rechtsgeschäfte des Tutors, oder auch des Erblassers des Pupillen gründeten. Wie wichtig die Sache war, ergiebt sich aus der Betrachtung folgendes einfachen und häufigen Falles. Wenn ein Mann starb und einen Sohn unter Sieben Jahren als suus heres hinterließ, so erwarb dieser sogleich ipso jure das ganze Vermögen, aber den Besitz desselben, also auch den Interdictenschutz, konnte er nicht anders als mit Hülfe jener anomalischen tutoris auctoritas erwerben. (Vgl. Savigny Recht des Besitzes § 28).

(corpore et animo), zu Stande kommen ſollte: daher konnten Sklaven dem Pupillen zwar jedes Eigenthum durch Mancipation aus eignem Entſchluß erwerben, den Beſitz aber nicht anders als wenn ihnen der Pupill, tutore auctore, dazu Befehl gegeben hatte (bb). Da nun in der Regel einem Kinde keine auctoritas gegeben werden konnte, ſo hätte für ein Kind auf keine Weiſe jemals Beſitz entſtehen können. Dieſem ſehr fühlbaren Nachtheil abzuhelfen, war das dringende Bedürfniß, oder die utilitas, um derenwillen die Römer bey dem Beſitz ausnahmsweiſe die auctoritas zur Ergänzung der Handlung eines Kindes zuließen. Eine formelle Schwierigkeit fand ſich dabey nicht, weil der Beſitzerwerb, eben ſo wie die pro herede gestio, keiner mündlichen Rede bedarf, wozu gerade das fari posse nöthig geweſen wäre (Note u. v).

Späterhin half man einfacher und durchgreifender dadurch, daß man dem Tutor geſtattete, durch ſeine eigene Handlung dem Pupillen Beſitz zu erwerben (cc), ſo daß

(bb) Eigenthum erwarb durch einen Sklaven Jeder, er mochte es wiſſen und wollen, oder nicht. Den Beſitz dagegen erwarb man durch den Sklaven nur entweder vermittelſt des eigenen animus possidendi, oder (was nicht hierher gehört) peculiariter, d. h. wenn dieſer Erwerb nur zur Erweiterung eines ſchon ertheilten peculii gehört. *L.* 1 § 5 *de adqu. poss.* (41. 2.). Ganz conſequent konnte daher ein Unmündiger durch den Sklaven Beſitz erwerben nur 1) in Folge eines Befehls, den er ſelbſt, tutore auctore, gegeben hatte (*L.* 1 § 11 *eod.*), 2) oder peculiariter, welches letzte auch bey der Infantia des Unmündigen von ſelbſt anwendbar war (*L.* 32 § 2 *in f. eod.*).

(cc) *L.* 1 § 20 *de adqu. poss.* (41. 2.), *L.* 13 § 1 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), *L.* 11 § 6 *de pign. act.* (13. 7.). Vgl. Savigny Recht des Beſitzes 6te Aufl. S. 367.

man für dieſen Fall über den manglenden animus possidendi des Beſitzers ganz hinwegſah. Dadurch verlor nun freylich der anomaliſche Erwerb des Kindes, auctore tutore, alle Wichtigkeit, und behielt eigentlich nur noch ein Intereſſe für die Entwicklungsgeſchichte des ganzen Rechtsinſtituts. Außerdem hätte er für das Juſtinianiſche Recht ſogar noch eine weit größere Wichtigkeit, als für das frühere, haben müſſen, da in jenem die Tradition (die ſich immer auf Beſitzerwerb gründet) die einzige Form für die Veräußerung des Eigenthums geworden iſt.

Im Anfang dieſes §. wurde die Regel aufgeſtellt, daß der Unmündige ſolche Handlungen, woraus möglicherweiſe Schaden entſtehen kann, für ſich allein vorzunehmen nicht fähig iſt. Solche von ihm ausgehende Handlungen (wie Verſchuldung, Veräußerung, Aufgeben einer Forderung) ſind alſo ungültig. Allein dieſe Ungültigkeit muß nun noch durch eine gemeinſame Ausnahme beſchränkt werden. Die erwähnte Ungültigkeit hat nämlich nur den Zweck, Nachtheil von dem Unmündigen abzuwehren, nicht ihn zu bereichern. Iſt er alſo in Folge jener Handlung zugleich bleibend bereichert worden, ſo muß dieſe Bereicherung herausgegeben oder angerechnet werden. So geſchieht es bey Rechtsgeſchäften. Wenn z. B. ein Unmündiger Zahlung von ſeinem Schuldner annimmt, ſo wird dadurch allein der Schuldner nicht frey (Num. III.). Soweit aber das Geld ſich noch vorfindet, iſt es allerdings als Tilgung

der Schuld anzurechnen (dd). Eben so aber auch bey Delicten. Wenn also der Unmündige eine delictartige Handlung in einem Alter begeht, worin er des Dolus noch nicht fähig ist, so muß dennoch Dasjenige herausgezahlt werden, was sich in Folge jener Handlung in seinem Vermögen befindet (ee).

§. 109.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Impuberes und Puberes (a).

An die Pubertät oder Geschlechtsreife ist nach dem ältesten Recht der Genuß vollständiger Handlungsfähigkeit geknüpft (§ 106). Diese Fähigkeit äußert sich in drey wichtigen Beziehungen. Erstlich hat der Mündige die eigene Herrschaft über sein Vermögen in der Gegenwart, womit also nothwendig verbunden ist das Ende der bisher bestehenden Tutel. Zweytens hat er diese Herrschaft selbst für die Zeit nach seinem Tode, indem er nunmehr ein Testament machen kann. Drittens hat derselbe die Fähigkeit zur Ehe. Diese drey wichtigen Wirkungen sind im Justinianischen Recht unstreitig an die Pubertät mit der näheren Bestimmung geknüpft, daß das zurückgelegte vierze-

(dd) *L.* 5 *pr. de auctor.* (26. 8.), *L.* 4 § 4 *de doli exc.* (44 4.), *L.* 15 *L.* 47 *pr.* § 1 *L.* 66 *de solut.* (46. 3.).

(ee) *L.* 1 § 15 *depositi* (16. 3.), *L.* 13 § 1 *de dolo* (4. 3.), *L.* 4 § 26 *de doli exc.* (44. 4.).

(a) Vgl. A. G. Cramer progr. de pubertatis termino Kiliae 1804. Rudorff Recht der Vormundschaft B. 3 § 202.

hente oder zwölfte Jahr als Pubertät allgemein gelten soll, ohne Beachtung individueller Zustände und Verschiedenheiten. Früher war diese einfache Bestimmung von Vielen bestritten, und zwar namentlich für die Vierzehen Jahre des männlichen Geschlechts. Es fragt sich aber, und ist jetzt zu untersuchen, ob dieser Streit alle angegebene Wirkungen der Pubertät, oder etwa nur eine derselben, zum Gegenstand hatte; ferner, ob er sich auch auf die Zwölf Jahre des weiblichen Geschlechts erstreckte. Was nun diese letzte Frage betrifft, so kann gleich hier bemerkt werden, daß wir durch kein altes Zeugniß zu der Annahme veranlaßt sind, als wären hier die Zwölf Jahre, als Gränze der Mündigkeit, jemals auch nur bezweifelt worden.

I. Ich betrachte nunmehr genauer die erste und wichtigste unter jenen drey Wirkungen, die eigene Herrschaft über das Vermögen, welche gleichbedeutend ist mit der Beendigung der Tutel; man kann dieselbe auch als die allgemeine Handlungsfähigkeit bezeichnen, im Gegensatz der beiden anderen, deren jede nur ein einzelnes Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat.

Justinian sagt uns, in Beziehung auf das männliche Geschlecht, die Alten hätten außer den Jahren auch die Geschlechtsreife der Einzelnen geprüft; diese Untersuchung untersage er, als dem keuschen Sinn seiner Zeit widerstrebend, weshalb ohne Unterschied der Individuen das Ende des vierzehenten Lebensjahres als Zeitpunkt der Pubertät

gelten ſolle (b). Genauere Nachricht über die früheren Meynungen finden wir bey Gajus und Ulpian. Die Sabinianer forderten die individuelle Reife, die alſo unterſucht werden müſſe, die Proculejaner nahmen 14 Jahre an, (Javolenus) Priſcus meynte, es müſſe beides vereinigt ſeyn, das Alter von 14 Jahren und die individuell feſtzuſtellende Reife (c). Eigentlich iſt wohl dieſe dritte Meynung blos als die Ergänzung der Sabinianiſchen anzuſehen, indem Priſcus wohl nur ausſprach, was auch Jene gedacht hatten, daß die körperliche Unterſuchung nur nach Ablauf der 14 Jahre eintreten ſolle, daß ſie alſo die Zeit der Impubertät nie verkürzen, wohl aber oft verlängern ſolle. — Wie ſtand es nun aber vor der Entſtehung jener Controverſe? Und wie wurde es neben derſelben in der Praxis gehalten?

In der älteren Zeit iſt von einer Begränzung des Knabenalters die Rede, hergeleitet aus einer alten religiöſen Lehre der Römer; die Natur hatte das Lebensziel des Menſchen auf 120 Jahre beſtimmt, dieſes wurde durch das Fatum auf 90 Jahre verkürzt, welche drey gleiche Hauptabſchnitte des Lebens, jeden zu 30 Jahren, geben;

(b) *pr. J. quib. mod. tut.* (1. 22.), *L.* 3 *C. quando tutores* (5. 60.). Die Inſtitutionenſtelle iſt ausführlicher als die des Codex.

(c) Gajus I. § 196, Ulpian. XI. § 28. Die Stelle des Gajus iſt lückenhafter als die des Ulpian, worin die Angabe für das männliche Geſchlecht vollſtändig ſteht; eine Verſchiedenheit in den Angaben beider Schriftſteller erhellt nicht. — Schilling Inſtitutionen B. 2 § 35 Note m verwirft die handſchriftliche Leſeart Priscus, und emendirt: plerisque visum est.

genau die erſte Hälfte des erſten Abſchnitts (alſo 15 Jahre) bildet die Knabenzeit (d). — Daneben ſteht eine andere rein praktiſche, die auf die Militärverfaſſung des Königs Servius zurückgeführt wird; das Knabenalter dauert hier 17 Jahre, dann fängt die Kriegspflicht an (e). Inwiefern die zweyte Angabe durch Vorausſetzung ungenauer Ausdrücke und hiſtoriſcher Irrthümer auf die erſte zurückgeführt werden kann, mag hier dahin geſtellt bleiben (f). Neuerlich iſt aber die Vermuthung aufgeſtellt worden, dieſe politiſch-militäriſche Gränze des Knabenalters (mag es nun 15, 16 oder 17 Jahre umfaſſen) ſey damals zugleich im Privatrecht der Anfangspunkt der Handlungsfähigkeit geweſen. Dieſe Annahme iſt nicht nur möglich, ſondern

(d) Censorinus de die natali C. 14 (aus Varro). Servius ad Virgil. Aen. IV. 653.

(e) Gellius X. 28. „C. Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium ... pueros esse existimasse, *qui minores essent annis* XVII., atque inde ab anno XVII. .. milites scripsisse." — Livius XXII. 57 (a. 538) „juniores ab annis XVII. *et quosdam praetextatos* scribunt." Die natürliche Erklärung ſcheint mir dieſe: Die Aushebung betraf (nach der Schlacht bey Cannä) alle juniores, d. h. die älter als 17 Jahre waren (und dieſes war in der Regel der Kriegsverfaſſung), dieſesmal aber auch manche, die noch nicht dieſes Alter hatten, folglich noch zu den praetextati gehörten.

(f) Niebuhr R. Geſch. B. 1 S. 492 ed. 3 erklärt die Angabe des Tubero (Note e) von denjenigen, die noch nicht das 17te Jahr angetreten hätten (was wohl nicht den Worten gemäß iſt), und fügt hinzu, Tubero habe doch noch um ein Jahr geirrt, indem das Knabenalter (nach Varro) mit dem Anfang des 16ten Jahres aufgehört habe. Allein es ſcheint mir durchaus keine innere Nothwendigkeit vorhanden, die alte, von Varro und Servius erwähnte, Lehre mit der praktiſchen Einrichtung des Kriegsdienſtes zu identificiren. Die Stelle des Livius iſt allerdings noch mehr, als die des Tubero, verſchiedener Erklärungen empfänglich.

auch natürlich, und darum nicht unwahrscheinlich; aber ein Zeugniß dafür haben wir nicht, und besonders darf nicht übersehen werden, daß dadurch in die ältere Zeit des Privatrechts ein ganz neues Princip willkührlich hinein getragen wird. Denn die Geschlechtsreife und die körperliche Fähigkeit zum Kriegsdienst sind nicht nur den Begriffen nach verschieden, sondern sie können auch praktisch aus einander liegen, indem mit früher Entwicklung der Geschlechtsreife ein schwächlicher Körperbau wohl vereinbar ist. Alle unsre Nachrichten aber knüpfen die privatrechtliche Fähigkeit unbedingt an die Pubertät; die Zweifel und Streitigkeiten betreffen blos die Feststellung der Zeit der Pubertät, durchaus nicht die Berücksichtigung irgend eines von der Pubertät selbst verschiedenen Princips.

Wir fragen also nun: wie wurde der Zeitpunkt der Pubertät bestimmt, ehe diese Bestimmung in den beiden Juristenschulen ein Gegenstand des Schulstreites geworden war? Und wir lassen daneben ganz auf sich beruhen die weitere Frage, ob vielleicht in irgend einer Zeit, wovon sich gar keine Nachricht erhalten hat, die privatrechtliche Fähigkeit durch ganz andere Gründe als die Pubertät bestimmt worden sey.

Bey der ältesten Bestimmung der Pubertät ist es nothwendig, eine uralte Römische Sitte zu erwähnen, die damit unverkennbar in irgend einem Zusammenhang stand. Jeder Knabe nämlich unterschied sich von dem Jüngling und Mann auf eine sichtbare Weise durch die Kleidung,

indem er ein Kleid mit einem Purpursaum (praetexta) trug, anstatt daß die toga virilis ohne einen solchen farbigen Saum war. Die Anlegung dieser männlichen Tracht aber geschah öffentlich, als eine feyerliche Handlung, und darin lag augenscheinlich die öffentliche Erklärung des Eintritts in das Jünglingsalter. Das Alter nun, in welchem diese Handlung vorgenommen wurde, war keinesweges gleichförmig. Zunächst schon deshalb nicht, weil sie in der Regel für alle Jünglinge auf einen und denselben Tag, den 17ten März, oder das Fest der Liberalien, gesetzt war (g), wodurch also, selbst wenn man ein bestimmtes Lebensjahr zum Grund gelegt hätte, dennoch unter den Einzelnen ein Unterschied von beynahe einem Jahr entstehen konnte. Als eine solche Grundlage galt nun wohl das Alter von Vierzehen Jahren, so daß regelmäßig die männliche Toga an den nächstfolgenden Liberalien, folglich im Laufe des funfzehenten Lebensjahres, angelegt wurde (h). Jedoch band man sich keinesweges

(g) Ovid. fasti III. v. 771—788. — Daß man in einzelnen Fällen auch wohl einen anderen Tag wählte, steht damit nicht im Widerspruch. Wegen solcher ausgenommenen Fälle will Noris cenotaphia Pisana Diss. 2 C. 4 p. 113 die ganze Regel verwerfen, und die Stelle des Ovid so erklären, daß an den Liberalien jeder Knabe vorübergehend eine weiße Toga getragen hätte. Dem widerspricht besonders v. 777. 778: „Sive, quod es Liber, vestis quoque libera per te Sumitur, *et vitae liberioris iter.*"

(h) Schol. in Juvenalem X. 99 p. 605 ed. Cramer: „Praetexta genus erat togae, qua utebantur pueri, adhuc sub disciplina, *usque ad* XV. *annum*: deinde togam virilem accipiebant." Usque *ad* XV. annum heißt, wenn es nicht ungenau gebraucht seyn soll: bis zum Anfang des 15ten Jahres. Beson-

ſtreng an dieſe Regel, vielmehr ſcheint es, daß man oft im einzelnen Fall die Zeit mit ziemlich freyer Willkühr auswählte, hauptſächlich wohl mit Rückſicht auf die geiſtige und leibliche Entwicklung der Individuen, jedoch ſo daß auch manche äußere Convenienz Einfluß haben mochte. Dieſes wird durch folgende ſichere Fälle beſtätigt. Auguſt nahm die Toga im ſechzehenten Jahr (i); Caligula weit ſpäter, nämlich (nach Verſchiedenheit der Leſearten) im 19ten, 20ſten oder 21ſten (k); Nero umgekehrt ſchon im vierzehenten (k[1]); Marc Aurel im funfzehenten, alſo auf die regelmäßige Weiſe (l).

So lange nun kein Rechtsſtreit in irgend einem ein-

ders aber ſcheint mir für dieſen Zeitpunkt entſcheidend die Meynung der Proculejaner, deren Entſtehung ja nicht anders ungezwungen erklärt werden kann, als aus der ohnehin ſchon als Regel geltenden Volksſitte. — Noris l. c. p. 113—116 nimmt die Zeit nach dem vollendeten 15ten Jahr (alſo ein Jahr ſpäter) als Regel an; allein theils muß er doch wieder Ausnahmen daneben zugeben, theils ſind mehrere von ihm angeführte Fälle ſchwankend; ſo p. 114 Cicero der Sohn geboren 690, Toga 705: Virgil geboren 684, Toga 699. Beide Fälle können auf das 15te oder das 16te Jahr bezogen werden, da wir die Tage nicht kennen.

(i) Sueton. Augustus C. 8 „duodecimum annum agens aviam Juliam defunctam pro concione laudavit. *Quadriennio post virili toga sumta*" rel. Vgl. Noris l. c. p. 115.

(k) Sueton. Caligula C. 10 „et inde vicesimo aetatis anno ... togam sumsit." Andere Handſchriften leſen undevicesimo. Oudendorp aber emendirt unetvicesimo, weil er durch Berechnung darthut, daß in der That damals Caligula im 21ſten Lebensjahr ſtand. Er war nämlich geboren 765, und die Erzählung des Sueton fällt in 786. Vergl. Noris l. c. p. 116.

(k[1]) Er war geboren am 16. December 790, und nahm die Toga ſchon im Lauf des Jahres 804. Noris l. c. p. 115.

(l) Capitolini Marcus C. 4: „Virilem togam sumsit XV. aetatis anno."

zelnen Fall entſtand, galt wohl in ganz Rom Jeder unbedenklich als impubes oder pubes, jenachdem er die Prätexta oder die männliche Toga trug. Und ſo werden bey Juriſten und Nichtjuriſten die Ausdrücke praetextatus (oder investis) und impubes, ſo wie vesticeps und pubes, als ganz gleichbedeutend genommen (m). Die Folgen davon waren dieſe. Der in väterlicher Gewalt ſtehende Sohn war unfähig Schulden zu contrahiren, ſo lange er die Prätexta trug, mit der männlichen Toga wurde er dazu fähig (n). Weit wichtiger aber war die Folge bey dem Unabhängigen. So lange dieſer die Prätexta trug, ſtand er unter dem Tutor, wenn er die männliche Toga anlegte, war die Tutel zu Ende (o). Dieſes konnte alſo bey ein-

(m) *L.* 3 § 6 *de lib. exhib.* (43. 30.). „In hoc interdicto, donec res judicetur, feminam, *praetextatum, eumque qui proxime praetextati aetatem accedet*, interim apud matremfamilias deponi Praetor jubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, *qui puberem aetatem nunc ingressus est.*“ Unbegreiflich haben dieſe Stelle Manche mißverſtanden, indem ſie meynten, accedere müſſe heißen: ſich von unten annähern, alſo im Begriffe ſtehen hinein zu treten. Es bezeichnet aber nur das Naheſtehen, und zwar hier nachdem jene aetas bereits überſchritten iſt, genau ſo wie bei dem infantiae proximus. Der Prätor ſpricht alſo 1) von Unmündigen, 2) von denen, die eben erſt puberes geworden ſind, Jenen alſo noch ſehr nahe ſtehen. — Festus: *Vesticeps* puer, qui jam vestitus est pubertate: econtra *investis*, qui necdum pubertate vestitus est.“ — Ferner war es alte Rechtsregel, (bis auf Hadrian und Antonin) daß nur puberes arrogirt werden dürften. Gajus I. § 102. Ulpian. VIII. § 5. Dieſe Regel drückt aber Gellius V. 19 ſo aus: „Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps.“

(n) S. o. § 108 d. und § 67. f.

(o) Daß das Ablegen der Prätexta und das Ende der Tutel zuſammenfielen, folgt ſchon daraus, daß Jenes und Dieſes identiſch war mit der eintretenden

zelnen Pupillen bald früher bald ſpäter geſchehen, und ſo lange der Tutor mit dem Pupillen darüber einverſtanden war, hatte kein Dritter ein Intereſſe zu widerſprechen. Vielmehr war es eine für die Rechtsſicherheit ſehr wohlthätige Einrichtung, daß man es jedem jungen Mann ſogleich an der Kleidertracht anſehen konnte, ob er zu eigenen Geſchäften fähig ſey oder nicht; und wo in einzelnen Fällen ein Irrthum über dieſen Punkt erwähnt wird (p), da iſt wohl vorauszuſetzen, daß ein Pupill durch betrügliche Anlegung einer männlichen Toga den Andern getäuſcht hatte. — Nur wenn Beide nicht übereinſtimmten, war eine richterliche Entſcheidung nöthig, und auf dieſen Fall allein muß der Streit der Schulen bezogen werden. Hier wollten die Proculejaner nach derjenigen Zahl von Lebensjahren entſcheiden, die ohnehin von jeher als Grundlage der erwähnten Sitte gegolten hatte (Note h); die Sabinianer wollten die Pubertät durch individuelle Unterſuchung ausmitteln. Jetzt erklärt ſich auch leicht die Entſtehung dieſer zweyten Meynung. Der Zeitpunkt der Pubertät war von jeher verſchieden geweſen, aber nach freyer Wahl; im Fall eines Streites, wo dieſe freye Wahl nicht

Pubertät. Es giebt aber dafür auch unmittelbare Andeutungen. Dahin gehören die Worte des Scholiaſten in Note h „adhuc sub disciplina," die zwar auch die väterliche Zucht, aber gewiß ebenſowohl die Abhängigkeit vom Tutor bezeichnen. Ferner Festus: „*Bulla aurea* insigne erat puerorum praetextatorum . . . ut significaretur eam aetatem *alterius regendam consilio.*"

(p) *L.* 2 § 15 *pro emtore* (41. 4.) „si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem" rel.

gelten konnte, weil die Betheiligten uneinig waren, wollten die Sabinianer die individuelle Verſchiedenheit, die ja auch außer dem Fall des Streites galt, beybehalten, und nur der eigenen freyen Wahl des Zeitpunktes die körperliche Unterſuchung ſubſtituiren. Der Fall eines ſolchen Streites aber kam wohl nur ſelten vor. Er ſetzt voraus einen Pupillen, der nach Unabhängigkeit ſtrebt, und einen Tutor, der die Herrſchaft nicht aufgeben will. Aber dieſer Fall war gewiß ſelten, weil die Führung der Pupillartutel, wie wir aus den ſehr ausgebildeten Excuſationen wiſſen, faſt immer als unerwünſcht galt, indem ſie Mühe ohne Lohn, und gefährliche Verantwortung mit ſich führte. Aus dieſer Seltenheit eines ſolchen Rechtsſtreits erklärt es ſich auch wohl, warum die ganze Frage, die auf den erſten Blick eine ſolche praktiſche Wichtigkeit für das tägliche Leben zu haben ſcheint, dennoch erſt zur Zeit der zwey Schulen angeregt wurde, und ſich in dieſen Schulen lange als theoretiſcher Streit erhalten konnte, ohne durch feſte Praxis oder Geſetzgebung beſeitigt zu werden.

Dieſe letzte Betrachtung hat nun auch Einfluß auf Das, was wir über den ſpäteren Zuſtand der Sache anzunehmen haben. Es mag ſeyn, daß hie und da einmal die Frage vor Gericht gebracht worden iſt (q), ſelten genug geſchah Dieſes gewiß, und zu der Annahme, daß jemals

(q) Quinctilian. Inst. or. IV. 2 „cum .. de jure quaeritur apud centumviros ... pubertas annis an habitu corporis aestimetur."

die Beſichtigung der bisherigen Pupillen herrſchende Sitte geworden wäre, haben wir durchaus keinen Grund. Vielmehr ſprechen alle zuverläſſigen Zeugniſſe der nachfolgenden Zeit für die ſtete Anerkennung der Vierzehen Jahre als des unzweifelhaften Zeitpunktes der Pubertät (r). Dagegen ſind die wenigen Zeugniſſe, die für eine entgegengeſetzte Praxis etwa angeführt werden könnten, von der unzuverläſſigſten Beſchaffenheit (s). Ja es läßt ſich aus fol-

(r) Ulpian. XVI. § 1 „.. aut XIV. annorum filium vel filiam XII. amiserint ... at intra annum tamen et sex menses etiam .. impubes amissus solidi capiendi jus praestat." (Hier iſt offenbar 14 und 12 Jahre der Gegenſatz von impubes). — *L. 11 pr. quod falso* (27. 6.). — *L. un.* § 1 *C. Th. de his qui ven.* (2. 17.) „feminas .. quarum aetas *biennio* viros praecedit"). — Ferner von Nichtjuriſten: Seneca consol. ad Marciam C. 24 „pupillus relictus sub tutorum cura usque ad XIV. annum fuit: sub matris tutela semper." — Macrobius in somn. Scip. I. 6. „.. tutela .. de qua tamen feminae .. *maturius biennio* legibus liberantur." Macrobius Saturn. VII. 7 „secundum jura publica duodecimus annus in femina et *quartusdecimus* in puero definit pubertatis aetatem." — Festus v. pubes. — Isidori orig. XI. 2.

(s) Servius in Virg. ecl. VIII. 39 „cum annis recte jungit habitum corporis, nam pubertas *de jure ex utroque colligitur*." — Servius in Virg. Aen. VII. 53 „secundum jus locutus est, in quo et ex annorum ratione, et *ex habitu corporis aetas probatur*." Daß dieſes bloße Büchergelehrſamkeit iſt, und zwar wenig verſtandene, erhellt beſonders aus der zweyten Stelle, die ſich auf das Alter einer Jungfrau bezieht, da doch bey dem weiblichen Geſchlecht nie auf die körperliche Beſchaffenheit, ſondern ſtets nur auf die Jahre geſehen wurde. — Isodori orig. XI. 2. welche Stelle aufgenommen iſt in *C. 3. X. de despons. impub.* (4. 2.): „Quidam autem ex annis pubertatem existimant: id est eum puberem esse qui XIV. annos expleverit, quamvis tardissime pubescat. Certissimum autem (Decr. *Certum autem est eum*) puberum esse, qui et (deest *et* in Decr.) ex habitu corporis pubertatem ostendat et generare jam possit." Auch

gendem Grunde annehmen, daß schon frühe unter den Kaisern die Vierzehen Jahre eine weit allgemeinere Anwendung erhielten, als sie zur Zeit der Republik gehabt hatten. Denn in der älteren Zeit kamen in der That die Vierzehen Jahre rein zur Anwendung nur in den nicht häufigen Streitfällen, außerdem entschied der mit ziemlicher Willkühr behandelte Wechsel der Toga. Unter den Kaisern aber fieng man an, den früheren Reiserock (paenula) auch in der Stadt zu tragen (t), der dann nach einiger Zeit die Toga gänzlich verdrängte. Eine Folge dieser Revolution in der Kleidertracht war es nun ohne Zweifel, daß auch die feyerliche Anlegung der männlichen Toga als Nationalsitte ganz wegfiel, da eine solche alte Sitte auf das neue, ohnehin nur allmälig eingeführte Kleid gewiß nicht übertragen wurde (u). Dann hatte man, auch außer dem seltenen Fall eines Rechtsstreites, nur noch die Wahl zwischen den Vierzehen Jahren und der körperlichen Besichtigung, und es erklärt sich hieraus, warum die angeführten Stellen (Note r) so unbedingt die Vierzehen Jahre als wirklichen Zeitpunkt erwähnen, wie es bey Schriftstellern aus der Zeit der Republik schwerlich geschehen seyn würde.

diese Anführung und Billigung der Sabinianischen Meynung steht bloßer Buchgelehrsamkeit ähnlich, wie das Meiste in diesem Schriftsteller.

(t) Schon zur Zeit des Tacitus wurde die Pänula selbst in Gerichten getragen. Dial. de caussis corruptae eloquentiae C. 39.

(u) Daneben ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, daß in einzelnen vornehmen Familien, namentlich bey dem Sohn eines Kaisers, die alte Feyerlichkeit dennoch beobachtet wurde.

— Iſt nun dieſe ganze Anſicht der Sache richtig, ſo war auch zu Juſtinians Zeit in der Praxis ſchon längſt nur von Vierzehen Jahren die Rede, und an eine Beſichtigung dachte Niemand mehr. Juſtinians Geſetz ſollte alſo, wie gewiß auch manches andere, nicht den praktiſchen Zuſtand des Rechts ändern, ſondern eine in Büchern vorgefundene alte Streitfrage entſcheiden. Die gewöhnliche Meynung freylich iſt Dieſes nicht, vielmehr pflegt man anzunehmen, die Meynung des Priſcus habe bleibend die Oberhand behalten, und zur Zeit von Juſtinian ſey ſtets wirklich beſichtigt worden (v). Dieſe Annahme erklärt ſich leicht aus der ſittlichen Entrüſtung, womit die beiden Juſtinianiſchen Geſetzſtellen offenbar abgefaßt ſind, und die aus einem wahrgenommenen ſcandalöſen Gebrauch herzurühren ſcheint. Indeſſen hindert uns Nichts, dabey auch ein blos theoretiſches Scandal vorauszuſetzen, und daß auch über ein ſolches Juſtinian in Affect gerathen konnte, iſt gewiß dem rhetoriſchen Styl ſeiner Geſetze ganz angemeſſen. Ja ſogar findet ſich bey ihm ein Ausdruck, der auf dieſen Zuſtand der Sache geradezu hindeutet. In den Inſtitutionen heißt es nämlich: Pubertatem .. *veteres* .. ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. So konnte man ſprechen, wenn Das was getadelt wurde blos in alten Büchern ſtand, aber der Ausdruck wäre ſehr unpaſſend geweſen, wenn die Praxis der Gegenwart mit jener getadelten Lehrmeynung übereingeſtimmt hätte. — Wie kam

(v) Cramer l. c. p. 16.

man aber überhaupt auf das Alter von Vierzehen Jahren als Zeitpunkt der Pubertät? Dieſes könnte zuſammenhängen mit der alten Lehre griechiſcher Philoſophen von der Wichtigkeit der Zahl Sieben, ſo daß die Jahre der Impubertät genau den doppelten Zeitraum der Kindheit ausfüllen ſollten (w). Dennoch glaube ich dieſe Erklärung verwerfen zu müſſen. Erſtlich weil, wenn man blos auf den Werth der Zahlen ſehen wollte, die altrömiſche Zahl 15 (Note d) mehr Anſpruch auf Beachtung gehabt hätte. Zweytens weil daneben die Zwölf Jahre für Frauen vorkommen, die in dieſes Zahlenſyſtem gar nicht paſſen. Drittens weil ſich für die Erklärung der 14 und 12 ein anderer, weit einfacherer und natürlicherer, Weg darbietet. Man hatte nämlich als Erfahrungsſatz, angemeſſen der Einwirkung des Italieniſchen Himmels, feſtgeſtellt, die Geſchlechtsreife trete wirklich in den meiſten Fällen alſo im Durchſchnitt, mit 14 und 12 Jahren ein.

Die ganze bisherige Unterſuchung betraf lediglich das männliche Geſchlecht, und es bleibt nur noch die Frage übrig, wie in dem weiblichen die Pubertät, in Beziehung auf das Ende der Pupillartutel, beſtimmt wurde. Hierüber nun ſtimmen die alten Zeugniſſe überein, daß ſtets der Ablauf von Zwölf Lebensjahren angenommen wurde, ohne Streit der Schulen, und ohne Anſpruch auf Beſich-

(w) S. oben § 107. h. — So nimmt es auch Macrobius in somn. Scip. I. 6. „Post annos autem *bis septem* ... pubescit." Eben ſo auch Censorinus de die nat. C. 14 aus Hippokrates.

tigung (x). Die Gründe der verschiedenen Behandlung beider Geschlechter waren folgende. Zuerst in der That die Rücksicht auf das durch ein entgegengesetztes Verfahren verletzte weibliche Zartgefühl, welchen Grund Justinian allein ausdrückt. Dazu kam aber ferner der Umstand, daß bey den Jungfrauen keine ähnliche Veranlassung zu individuellen Schwankungen, wie bey den Knaben durch die Anlegung der männlichen Toga eintrat: denn die Prätexta trugen sie beständig bis zur Ehe (y), so daß bey ihnen gar Nichts geschah, wodurch ein Abschnitt des Alters auf sichtbare Weise ausgedrückt worden wäre. Endlich kam auch noch hinzu, daß hier das Ende der Tutel weniger wichtig und merklich wurde, indem nur die Geschlechtstutel an die Stelle der pupillarischen trat, und ganz gewöhnlich auch in der Person desselben Tutors fortdauerte. Die Zahl der Zwölf Jahre aber gründete sich ohne Zweifel auf uraltes Herkommen, und wir haben keinen Grund anzunehmen, daß sie durch Gesetze eingeführt, oder auch nur bestätigt worden wäre (z).

(x) So sagt es ausdrücklich Justinian in den Institutionen und im Codex. Ulpian. XI. 28 ist bey den Frauen lückenhaft, aber die Art des Ausdrucks zeigt augenscheinlich, daß beide Geschlechter völlig verschieden behandelt wurden. Ferner gehören hierher die in der Note r für das männliche Geschlecht angeführten Stellen.

(y) Die Stellen sind gesammelt bey Pitiscus v. Praetexta Num. 3.

(z) Cramer p. 9. 17 nimmt eine gesetzliche Bestätigung an wegen des Ausdrucks legitima uxor in *L.* 4 *de ritu nupt.* (23. 2.). Allein dieser Ausdruck ist wohl ganz gleichbedeutend mit dem sonst gewöhnlicheren justa uxor oder civiliter nupta (z. B. in *L.* 28 § 3 *de lib. et posth.* 28. 2.), gerade so wie auch legitime oder

§. 110.

II. Freye Handlungen. — Hinderniſſe. A. Altersſtufen. Impuberes und Puberes. (Fortſetzung.)

II. Einfacher und leichter ſtellt ſich die Frage nach der Beſtimmung der Pubertät in Beziehung auf die Teſtamentsmündigkeit. Hier ſagen mehrere Stellen des Juſtinianiſchen Rechts unbedingt, und ohne Hindeutung auf einen Schulſtreit, daß Alles auf das zurückgelegte zwölfte oder vierzehente Jahr ankomme (a). Dieſe Stellen könnte man noch etwa für interpolirt halten. Allein jeder Zweifel dieſer Art wird beſeitigt durch die ganz übereinſtimmenden Zeugniſſe des Gajus und des Paulus (b). — Es läßt ſich aber auch natürlich erklären, warum es die Sabinianer ohne Inconſequenz unterlaſſen konnten, in dieſer Anwendung die Forderung individueller Unterſuchung geltend zu machen. Wenn Derjenige, welcher Vierzehen Jahre alt war, deſſen wirkliche Pubertät aber bezweifelt werden

illegitime concepti (Gajus I. § 89) nur auf jus civile überhaupt, nicht auf eine einzelne lex geht. — Macrobius ſagt einmal legibus liberantur, ein anderesmal secundum jura publica (Note r); auch dieſe beiden Ausdrücke ſcheinen gleichbedeutend, ſo daß legibus nicht mehr heißt als jure oder jure civili.

(a) *L.* 5 *qui test.* (28. 1.), *L.* 2 *pr. L.* 15 *de vulg.* (28 6.), *L.* 4 *C. qui test.* (6. 22.). In der letzten Stelle findet ſich ſogar eine Hinweiſung darauf, daß hier von der individuellen Entwicklung gar nicht die Rede ſeyn könne: „Nam si hanc aetatem egressus, *licet vigoris nondum emersissent vestigia*" rel.

(b) Gajus II. § 113 „masculus minor XIV. annorum testamentum facere non potest ... femina vero post XII. annum testamenti faciendi jus nanciscitur." — Paulus III. 4 A. § 1. „Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum."

konnte, ein Testament machte, so war für den Augenblick Niemand vorhanden, der die Pubertät bestreiten, und die Untersuchung veranlassen konnte. Vor Gericht kommen konnte die Frage erst nach dem Tode, im Rechtsstreit zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben; dann aber war es augenscheinlich zu spät, durch Untersuchung auszumitteln, ob der Erblasser zur Zeit des errichteten Testaments die Pubertät erreicht haben möchte. Daher ließen für diesen Fall die Sabinianer ihre Behauptung, die hier ganz unpraktisch gewesen wäre, fallen. Zugleich ist aber dieser Umstand wichtig, indem er beweist, daß von allen Seiten das Alter von Vierzehen Jahren als Zeitpunkt präsumtiver Pubertät unbedenklich anerkannt wurde, und daß die Sabinianer nur noch sicherer gehen wollten, indem sie, so weit es ausführbar war, Gewißheit durch Untersuchung an die Stelle der auch von ihnen nicht bezweifelten Präsumtion zu setzen versuchten.

III. Es bleibt übrig die Feststellung der Pubertät in Beziehung auf die Möglichkeit der Ehe. — Für das weibliche Geschlecht werden auch hier wieder Zwölf Jahre als unzweifelhaft angegeben (c). Dagegen wird für die Männer lediglich die Pubertät erfordert (d), ohne irgend eine Hinweisung, ob dieselbe durch Jahre oder durch Untersuchung ermittelt werden solle. Dieses Stillschweigen er-

(c) *L.* 9 *de sponsal.* (23. 1.), *L.* 4 *de ritu nupt.* (23. 2.), *L.* 32 §27 *de don. int. v. et ux.* (24. 1.), *L.* 17 §1 *de reb. auct. jud.* (42. 5.), *L.* 11 §3. 4 *quod falso* (27. 6.).

(d) *pr. J. de nupt.* (1. 10.).

klärt ſich wohl aus dem an ſich zufälligen Umſtand, daß das Unternehmen einer ungewöhnlich frühen Ehe weit öfter im weiblichen als im männlichen Geſchlecht vorkommen wird, weshalb bey dieſem weniger Veranlaſſung zu genauen Beſtimmungen vorhanden war. Wie haben wir aber jenes Stillſchweigen zu deuten? Daß dem Sinn des Juſtinianiſchen Geſetzes in dieſer, wie jeder anderen Beziehung die Beſichtigung entgegen ſeyn würde, bezweifelt Niemand; dagegen nehmen Manche ein ſolches Verfahren für das ältere Recht an (e), und nicht ohne Schein, da die Pubertät in der That eine unmittelbarere Beziehung zu der Ehe hat, als zu der Tutel oder zu den Teſtamenten. Dennoch halte ich dieſe Meynung bey der Ehe aus demſelben inneren Grunde für verwerflich, welcher ſchon bey den Teſtamenten geltend gemacht worden iſt. Zu der Zeit nämlich, wo eine ſolche Ehe von einem Vierzehenjährigen, deſſen wirkliche Pubertät bezweifelt werden könnte, geſchloſſen wird, iſt wieder Niemand vorhanden, der durch ſeinen Widerſpruch die gerichtliche Einmiſchung und die Unterſuchung veranlaſſen könnte. Wäre nun auch die Ehe einſtweilen noch ungültig, ſo würde ſie mit eintretender Pubertät eben ſo von ſelbſt und ſtillſchweigend gültig werden, wie z. B. unſtreitig die ungültige Ehe einer elfjährigen Frau am Ende des zwölften Lebensjahres von ſelbſt gültig wird (f). Nun könnte allerdings hinterher einmal

(e) Zimmern Rechtsgeſch. I. § 120 S. 428.
(f) *L.* 4 *de ritu nupt.* (23. 2.).

Streit darüber entstehen, ob an irgend einem bestimmten Tage die Ehe schon gültig gewesen sey oder nicht, welches z. B. auf die Gültigkeit einer an diesem Tage gemachten Schenkung Einfluß haben könnte; allein dann ist es auch nicht mehr möglich, durch Untersuchung den körperlichen Zustand festzustellen, der an einem vielleicht längst vergangnen Tage bestanden hat. Der einzige Fall, worin etwa die Untersuchung stattfinden konnte, war der, wenn bald nach dem Anfang einer solchen zweydeutigen Ehe ein Theil die Scheidung aussprach, oder auch die Nichtigkeit behauptete, und nun die Frage entstand, ob bis jetzt eine Ehe bestanden habe; für einen so seltenen, vielleicht nie eingetretenen Fall haben aber schwerlich die Sabinianer, aus bloßer Liebe zur Consequenz, die Anwendung ihres Princips behauptet. Höchst wahrscheinlich also hat man auch in Anwendung auf die Ehe die Vierzehen Jahre stets ohne Streit gelten lassen (g).

(g) Die einzige Stelle, worin die Untersuchung in Beziehung auf Ehe erwähnt wird, ist QUINCTILIAN. declam. 279. Der Fall ist dieser. Ein Vater hat seinen unreifen Knaben verheurathet; dieser findet einen Ehebrecher bey der Frau und läßt sich von ihm mit Geld abfinden; deswegen will ihn der Vater abdiciren, und gegen die Rechtmäßigkeit dieser abdicatio ist die ganze Rede gerichtet. Der Redner behauptet nun unter andern, es sey noch gar keine wahre Ehe gewesen, und will es deshalb auf eine Besichtigung des Knaben ankommen lassen. Allein schon an sich können solche romanhafte Einfälle Nichts für das Daseyn eines Rechtssatzes beweisen; vollends aber in dieser Rede, deren ganzer Gegenstand die abdicatio ist, welches Institut dem Römischen Recht gar nicht angehört.

Nach eingetretener Pubertät, und vor der Volljährigkeit, werden noch manche Mittelſtufen des Alters behauptet, die auch juriſtiſche Bedeutung haben ſollen. Inſofern ſich dieſe auf ganz einzelne Rechtsgeſchäfte beziehen, haben ſie mit der allgemeinen Betrachtung der durch das Alter bedingten Handlungsfähigkeit Nichts zu ſchaffen, vielmehr gehören ſie dann blos jenen einzelnen Inſtituten an, und ſind als Elemente derſelben zu betrachten. So verhält es ſich mit folgenden Rechtsregeln. Siebenzehen Jahre werden erfordert, um poſtuliren zu können (h); Achtzehen zur Ausübung des (altrömiſchen) Richteramts (i). Wer Zwanzig Jahre alt iſt, und ſich betrüglich als Sklaven verkaufen läßt, wird in der That Sklave zur Strafe dieſes Betrugs (k). Zwanzig Jahre alt ſollte ein Herr ſeyn, um einen Sklaven ohne obrigkeitliche Prüfung frey laſſen zu können: welches Juſtinian auf Siebenzehen Jahre herunter geſetzt hat (l).

Etwas mehr Zuſammenhang mit der Pubertät hat folgende Beſtimmung. Trajan hatte vielen Knaben und Mädchen Alimente ausgeſetzt, welche bis zur Pubertät (14 und 12 Jahre) ausgezahlt wurden; Hadrian dehnte dieſelben bis zu 18 und 14 Jahren aus. Darin lag eine freygebige Willkühr, ohne alle Beziehung auf Pubertät; eine ſolche Beziehung entſtand erſt durch die Anwendung, die

(h) *L.* 1 § 3 *de postul.* (3. 1.).
(i) *L.* 57 *de re jud.* (42. 1.).
(k) § 4 *J. de j. pers.* (1. 3.).
(l) Ulpian. I. § 13, Gajus I. § 38, § 7 *J. qui et quib. ex causis* (1. 6.).

davon im Privatrecht gemacht wurde; wenn in einem Teſtament Alimente ausgeſetzt werden bis zur Pubertät, ſo ſoll das in dieſem Fall, nach der Analogie jener kaiſerlichen Freygebigkeit, ſo ausgelegt werden, als wären die Alimente bis zu 18 und 14 Jahren ausgeſetzt (m). — Eine andere, nur dem Namen nach ähnliche, Beſtimmung iſt dieſe. Bey der Adoption war es noch zur Zeit des Gajus beſtritten, ob der Adoptivvater nothwendig älter ſeyn müſſe, als das Adoptivkind (n). Später aber wurde als feſte Regel angenommen, der Adoptivvater müſſe wenigſtens Achtzehen Jahre älter ſeyn, und dieſe Differenz des Alters nannte man die plena pubertas, wodurch alſo dieſer Rechtsſatz wenigſtens durch den Namen mit der Pubertät in Verbindung geſetzt wird (o). Mehr als dieſes läßt ſich über die plena pubertas nicht behaupten, und es iſt ganz ohne Grund, wenn um dieſes Namens willen neuere Schriftſteller hieraus ein eigenes Rechtsinſtitut, ähnlich der Pubertät ſelbſt, machen wollen.

Zuletzt iſt noch eine Schwierigkeit zu erwähnen, die in Folge der Meynung der Sabinianer entſtehen mußte. Dieſe wollten die individuelle Pubertät der jungen Männer be-

(m) *L.* 14 § 1 *de alim. leg.* (34. 1.). Vgl. über dieſe merkwürdige Stelle Cramer l. c. p. 20.

(n) Gajus I. § 106.

(o) *L.* 40 § 1 *de adopt.* (1. 7.) von Modeſtin, § 4 *J. de adopt.* (1. 11.). Modeſtin ſagt: „major esse debet eo, quem .. filium facit: *et utique plenae pubertatis, id est decem et octo annis* eum praecedere debet." Die Inſtitutionen ſagen plena pubertate praecedere.

achtet wissen; wie aber wenn sie Spadonen waren, also niemals zur Pubertät kamen? Ja selbst bey den Proculejanern wäre es nicht gerade inconsequent gewesen, diesen Fall abweichend von anderen Fällen zu behandeln; denn wenn überhaupt eine innere Verbindung zwischen Geschlechtsreife und Geschäftsfähigkeit angenommen wird, wie sie die Römer unstreitig annehmen, so wäre es nicht unnatürlich, Denjenigen, der niemals zur Pubertät kommt, auch zu Geschäften später als Andere zuzulassen.

Wir betrachten diese Frage zuerst in Anwendung auf die Testamentsfähigkeit. Hier sagt Paulus III. 4 A. § 2 ausdrücklich: Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, *id est anno decimo octavo.* Nach dieser Stelle scheinen also beide Schulen darin übereingestimmt zu haben, daß bey den Spadonen ein festes Lebensjahr angenommen werden müsse, aber ein späteres als bey Anderen; und dieses erhält eine nicht geringe Unterstützung durch die oben erwähnte plena pubertas der Achtzehenjährigen; man muß dann zu decimo octavo hinzudenken completo, oder noch besser die Lesart (wie es scheint, der meisten Handschriften) annehmen: annorum decem et octo. Dabey liegt zum Grunde folgende sehr natürliche Betrachtung. Mit Vierzehen Jahren tritt die Pubertät im Durchschnitt ein, also bey den Meisten; bey Einigen verzögert sie sich bis zum Ende des achtzehenten Jahres (plena pubertas), und es ist natürlich, daß man diesen späteren Zeitpunkt auf die Spadonen anwen-

det (p). Man muß dann unter plerique nicht die Meiſten verſtehen, ſondern gerade umgekehrt Einige, alſo gerade die Wenigſten, die Spätreifen; auch iſt dieſe Erklärung durch den Sprachgebrauch anderer Schriftſteller beſtätigt (q). — Manche verwerfen den Zuſatz von Achtzehen Jahren als einen eingeſchobenen Zuſatz der Abſchreiber (r); andere wollen emendiren decimo quarto (s). Beide Vorſchläge haben alle Handſchriften gegen ſich: durch den erſten wird außerdem die Stelle ganz unverſtändlich: durch den zweyten wird ſie unnütz, da es nicht der Mühe lohnte die Spadonen zu erwähnen, wenn ſie ganz daſſelbe Recht wie Andere haben ſollten. — Eine Conſtitution von Conſtantin ſtellt bey der Abfaſſung der Teſtamente die Eunuchen (alſo die unterſte Klaſſe der Spadonen) den übrigen Menſchen gleich (t); dieſe Vorſchrift ſcheint als Aufhebung

(p) So verſteht es auch Cujacius in L. 1 D. de minoribus (Opp. I. p. 988): „Sed in eis causis (bey der Adoption) non ideo dicitur plena, quod is sit pubertatis finis, sed quod frigidiores, *qui tardius pubescunt*, ea fere aetate puberes fiant, *ut Paulus significat lib.* 3 *Sent. tit.* 4."

(q) Tacitus hist, IV. 84. „Deum ipsum *multi* Aesculapium ... *quidam* Osirin ... *plerique* Jovem ... *plurimi* Ditem patrem ... conjectant." Eben ſo bezeichnet plerumque in *L.* 25 § 2 *L.* 26 *de pactis* (2. 14.) den ſeltneren, ausgenommenen Fall, im Gegenſatz des regelmäßigen. Vgl. auch *L.* 32 § 10 *de don. int. v. et ux.* (24. 1.), und Brissonius v. plerumque. — In unſrer Stelle des Paulus laſſen einige Handſchriften das plerique weg, wodurch aber der Sinn zerſtört wird.

(r) Dirkſen Beiträge S. 53, und Frühere in den Noten von Schulting.

(s) So die Note 3 der Bonner Quartausgabe.

(t) *L.* 4 *C. qui test.* (6. 22.). „Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas *exemplo omnium* voluntates"

der früheren Regel der Achtzehen Jahre gemeynt, die alſo dadurch wiederum eine indirecte Beſtätigung erhält.

Noch wichtiger war die Frage, wann die Spadonen von der Tutel frey werden ſollten. Darüber ſagt Gajus (I. 196) Folgendes. Die Sabinianer nehmen juriſtiſch als pubes an Denjenigen qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, *cujus aetatis puberes fiunt.* Das puberes fiunt kann nicht auf die Spadonen gehen, von welchen er ſelbſt ſo eben bemerkt hatte, daß ſie niemals pubeſcirten; es muß alſo heißen: in welchem Alter Andere die Pubertät erlangen. Hätte er damit die Vierzehen Jahre gemeynt, die gleich nachher als Meynung der Proculejaner vorkommen, ſo hätte er ohne Zweifel die Zahl ausgedrückt; der umſtändliche, umſchreibende Ausdruck deutet auf eine abweichende Beſtimmung, und wenn man ihn mit der Stelle des Paulus über die Teſtamente vergleicht, ſo ſcheint es natürlich, ſo zu erklären: in welchem Alter auch noch Einige (die Spätreifen) die Pubertät erlangen. Dann wäre das puberes fiunt des Gajus gleichbedeutend mit dem plerique pubescunt des Paulus. Vielleicht hat aber auch Gajus wirklich geſchrieben plerique puberes fiunt, und das plerique iſt dann in unſrer Handſchrift eben ſo ausgefallen, wie es in einigen Handſchriften des Paulus in der That ausgefallen iſt.

Es ſcheint ſonderbar, daß auch für die Möglichkeit

rel. — Die Stelle bekommt den beſtimmteſten Sinn, wenn man das exemplo omnium auf das Alter bezieht.

der Ehe den Spadonen ein Zeitpunkt vorgeschrieben seyn sollte; und doch konnte von einem solchen die Rede seyn, da denselben (nur mit Ausnahme der Eunuchen) die Ehe überhaupt gestattet ist (u). Indessen ist eine solche Ehe schon an sich so selten, daß es sich leicht erklärt, wenn ihr noch seltneres Zusammentreffen mit sehr früher Jugend nirgend erwähnt wird. Wäre es überhaupt vorgekommen, so würde man vielleicht auch hier Achtzehen Jahre gefordert haben.

Im Justinianischen Recht kann von diesen eigenthümlichen Bestimmungen für die Spädonen nicht mehr die Rede seyn; vielmehr muß die Regel der Vierzehen Jahre in jeder Beziehung auch auf sie angewendet werden, weil besondere Ausnahmen für Dieselben nicht anerkannt sind. Es ist nur zufällig, daß diese Behauptung lediglich in Ansehung der Testamente (Note t) eine ausdrückliche Bestätigung gefunden hat.

§. 111.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Minores und Majores (a).

Die ursprünglich vollständige Freyheit aller Mündigen in der Beherrschung ihres Vermögens erschien schon frühe als gefährlich, und machte daher neue künstliche Anstalten

(u) *L.* 39 §1 *de j. dot.* (23. 3.).

(a) Vgl. Savigny von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht und insbesondere von der Lex Plaetoria, in den Abhandlungen der Berliner Akademie von 1833 S. 1—39.

nöthig, die bis zu Ende des fünf und zwanzigſten Lebensjahres reichen ſollten. Dadurch wurde die letzte juriſtiſche Altersgränze herbeygeführt, die der früheren Zeit ganz fremd geweſen war. Auf dieſes neue Bedürfniß führte die ſteigende Ausdehnung des Staats, verbunden mit dem zunehmenden Reichthum und Luxus der Einzelnen; in Folge derſelben auf der einen Seite das einreißende Sittenverderben, auf der andern Seite eine größere Verwicklung der Geſchäfte, auf welche die der älteren Zeit wohl angemeſſene Vorausſetzung der Geſchäftsfähigkeit aller Mündigen nicht mehr paßte (§ 107. g).

Der künſtliche Schutz für die Minderjährigen wurde aber nur allmälig, und zwar in folgenden Abſtufungen, eingerichtet.

Zuerſt wurde um die Mitte des ſechſten Jahrhunderts der Stadt eine Lex Plaetoria gegeben, die den früher unbekannten Zeitpunkt von Fünf und zwanzig Jahren einführte (b), weshalb auch dieſes Alter, und nicht die wichtigere und früher anerkannte Pubertät, den Namen legitima aetas erhielt (c). Das Geſetz aber ſuchte nur auf indirecte Weiſe die Minderjährigen zu ſchützen, indem es Diejenigen, die mit ihnen betrügliche Geſchäfte eingehen würden, mit einer Criminalanklage bedrohte.

(b) Der unmittelbarſte Beweis liegt in der *L.* 2 *C. Th. de don.* (8. 12.). Bey Plautus heißt daher das Geſetz Lex quinavicenaria. Pseudolus I. 3. 69.

(c) *L.* 2 *C. Th. cit., L. un.* § 3 *C. Th. de his qui ven.* (2. 17.), *L.* 28 *in f. de appell.* (49. 1.). Vergl. Brissonius v. legitimus.

Darauf folgte der viel wichtigere und durchgreifendere Schutz des prätorischen Edicts, welches den Minderjährigen eine allgemeine Restitution gegen alle nachtheilige Handlungen oder Unterlassungen ankündigte.

Endlich kam noch hinzu die Verordnung von K. Marc Aurel, welche alle Minderjährige, zur Erhaltung ihres bereits vorhandenen Vermögens, unter Curatoren stellte.

Alle diese Anstalten, innerhalb der letzten Altersstufe, betrafen also weniger unmittelbar, als die niederen Stufen, die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen selbst. Ihre genauere Darstellung gehört daher anderen Theilen des Rechtssystems an(d), und die gegenwärtige allgemeine Übersicht ist hier nur deshalb gegeben worden, um den Zusammenhang sämmtlicher Altersstufen anschaulich zu machen.

Am Schluß dieser Lehre von den Altersstufen ist nun noch anzugeben, welche Theile derselben im heutigen Rechte fortbestehend sind.

Die Römische Lehre von der Infantia hat ihren praktischen Werth größtentheils verloren, weil sie sich hauptsächlich auf die tutoris auctoritas bezog, deren unpraktische Natur erst im Zusammenhang der ganzen Vormundschaft vollständig dargestellt werden kann. Es ist also nur

(d) Die Lex Plaetoria ist schon frühe aus dem praktischen Recht verschwunden (Savigny a. a. O. S. 18). Die Restitution wird im folgenden Kapitel des zweyten Buchs (unter den Mitteln zum Schutz der Rechte) dargestellt werden. Endlich die Curatoren der Minderjährigen gehören in das Recht der Vormundschaft, also zu dem speciellen Theil des Systems.

noch als praktiſches Recht zu betrachten die Regel, daß der Siebenjährige theils Sponſalien ſchließen, theils ſolche Handlungen, die reinen Gewinn bringen, gültig vornehmen kann.

Die Pubertät als Anfang freyer Vermögensherrſchaft, folglich als Ende der Tutel, hat durch die der Vormundſchaft im heutigen Recht gegebene neue Geſtalt ganz aufgehört. — Die Pubertät als Anfang der Teſtamentsfähigkeit hat ſich am reinſten erhalten. — Die Pubertät von 14 und 12 Jahren als Anfang möglicher Ehe iſt auch noch im canoniſchen Recht beſtimmt anerkannt (e). Unſeren Sitten iſt dieſe Zeitbeſtimmung völlig fremd, und neuere Geſetzgebung hat ſie in den meiſten Ländern ausdrücklich und ſtark abgeändert.

Endlich iſt die Minderjährigkeit als Grund einer Reſtitution auch im heutigen Recht unverändert beybehalten. Als Grund einer eigenthümlichen Curatel aber kann ſie nicht mehr gelten, weil dieſe Curatel mit der alten Tutel der Unmündigen verſchmolzen worden iſt.

(e) *C.* 6. 10. 11. 14 *X. de despons. impub.* (4. 2.). — Nur darin findet ſich eine kleine Abweichung vom R. R., daß, wenn vor den 14 oder 12 Jahren dennoch wirklich der Beyſchlaf ſtatt findet, dadurch die Ehe gültig und folglich auch unauflöslich wird. *C.* 6. 8. 9. 11 *X. eod. C. un. eod. in* VI. (4. 2.). Um dieſer Modification willen wurde denn auch die Stelle des Iſidor als *C.* 3 *X. eod.* aufgenommen, welche die zwey Meynungen der Römiſchen Juriſtenſchulen anführt, und der Sabinianiſchen den Vorzug giebt (§ 709. s). — Vgl. überhaupt Glück Pandekten B. 23 § 1203 und Eichhorn Kirchenrecht B. 2 S. 339 fg.

§. 112.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse. B. Vernunftlose. C. Interdicirte. D. Juristische Personen.

B. Die Vernunftlosigkeit oder der Wahnsinn ist ein natürliches und unzweifelhaftes Hinderniß für freye Handlungen und ihre Folgen. Die Beurtheilung ist hier theilweise weniger schwierig als bey dem unreifen Alter, indem die Veränderung nicht wie bey dem Alter durch lang dauernde, unmerkliche Entwicklungsstufen hindurchgeht, sondern oft ganz plötzlich, außerdem wenigstens in raschen Übergängen, erfolgt. Dagegen kann auch hier eine Schwierigkeit entstehen durch zweifelhafte Gränzen der Zustände; diese Schwierigkeit aber ist nicht, wie bey dem Alter, durch positiv durchgreifende Regeln zu beseitigen möglich, auch liegt sie weniger auf dem Gebiet des Richters, als auf dem des Sachverständigen, an dessen Urtheil der Richter hier meist gebunden seyn wird.

Die äußere Erscheinung dieses Zustandes ist verschieden, je nachdem er von heftigen Ausbrüchen begleitet ist oder nicht. Die Römer haben zwey Ausdrücke, furiosus und demens, die sie auf verschiedene Weise gebrauchen: bald mit ganz willkührlicher Abwechslung, als völlig gleichbedeutende Bezeichnung der Vernunftlosigkeit überhaupt (a); bald als besondere Benennung der zwey erwähnten Er-

(a) Cicero tusc. quaest. III. 5, *L.* 7 § 1 *de cur. fur.* (27. 10.), *L.* 14 *de off. praes.* (1. 18.).

scheinungsformen (b). Diese Unsicherheit des Sprachgebrauchs ist jedoch ohne allen Nachtheil, da die juristische Beurtheilung beider Zustände völlig dieselbe ist (c).

Die Vernunftlosen nun sind eben so rechtsfähig als Andere; nicht blos ihr Vermögen bleibt unverändert, sondern auch jedes Familienverhältniß, wie Ehe und väterliche Gewalt (d). Nur ihre Handlungsfähigkeit ist völlig ruhend. Alles also, Was durch sie geschieht, kann nur den täuschenden Schein einer Handlung an sich tragen, die rechtlichen Folgen einer Handlung entstehen daraus niemals (e). Dieser wichtige Satz gilt in den mannichfaltigsten Anwendungen. Er gilt bey Rechtsgeschäften, als Verträgen, Testamenten, Ehescheidung, Besitzerwerbung (f). Er gilt aber auch eben so entschieden bey Verbrechen und Delicten (g), so daß also die von dem Vernunftlosen aus-

(b) *L.* 25 *C. de nupt.* (5. 4.), *L.* 8 § 1 *de tut. et cur.* (26. 5.). — Im Deutschen gebrauchen wir als besondere Bezeichnungen: Rasende und Blödsinnige.

(c) Ausdrücklich anerkannt ist diese praktische Gleichheit in *L.* 25 *C. de nupt.* (5. 4.).

(d) *L.* 8 *pr. de his qui sui* (1. 6.).

(e) *L.* 40 *L.* 5 *de R. J.* (50. 17.), § 8 *J. de inut. stip.* (3. 19.). — Nur den Schein einer Ausnahme hat der in *L.* 8 *pr. de his qui sui* (1. 6.) aufgestellte Satz, daß ungeachtet des Wahnsinns eines Ehegatten oder auch beider, das in diesem Zustand erzeugte Kind dennoch in väterliche Gewalt kommt. Denn die Erzeugung (verschieden von dem Beyschlaf) gilt nicht als freye Handlung, sondern als ein von dem Willen unabhängiges Naturereigniß.

(f) *L.* 2 *C. de contr. emt.* (4. 38.), *L.* 2 *de inoff.* (5. 2.), *L.* 17 *qui test.* (28. 1.), *L.* 22 § 7 *sol. matr.* (24. 3.), *L.* 1 § 12 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 18 § 1 *de adqu. poss.* (41. 2.).

(g) *L.* 14 *de off. praes.* (1. 18.), *L.* 5 § 2 *ad L. Aqu.* (9. 2.).

gehende Verletzung fremder Vermögensstücke durchaus keine Verpflichtung erzeugt.

Nur wo der Zustand des Vernunftlosen abwechslend mit vernünftigem Zustand vorkommt, ist jede in solchen lichten Zwischenzeiten vorgenommene Handlung ganz eben so wirksam, wie wenn vor und nach derselben keine Vernunftlosigkeit vorhanden wäre (h).

Wohl zu unterscheiden aber von der Vernunftlosigkeit ist die bloße Geistesschwäche (i). Diese macht keineswegs unfähig zu freyen Handlungen, wohl aber kann sie, wenn sie einen hohen Grad erreicht, eine außerordentliche obrigkeitliche Vorsorge durch Anordnung einer Curatel veranlassen (k).

Was nun hier über den Fall des Wahnsinns bestimmt worden ist, darf nicht auf diesen allein beschränkt werden, indem es vielmehr auch auf jeden völlig gleichartigen Zustand eben so angewendet werden muß. Gleichartig aber ist jeder Zustand eines Menschen, worin demselben der Vernunftgebrauch fehlt, während der äußere Schein einer menschlichen Thätigkeit allerdings vorhanden

(h) *L.* 6 *C. de cur. fur.* (5. 70.), *L.* 9 *C. qui test.* (6. 22.), *L.* 14 *de off. praes.* (1. 18.), *L.* 2 *C. de contr. emt.* (4. 38.).

(i) Die Römischen Ausdrücke sind: Stultus, fatuus, insanus. § 4 *J. de curat.* (1. 23.), *L.* 25 *C. de nupt.* (5. 4.). — Zweydeutig ist der Ausdruck mente captus, welcher bald den Wahnsinnigen, bald blos den Geistesschwachen bezeichnet, also überall, wo er vorkommt, eine besonders vorsichtige Erklärung nöthig macht.

(k) § 4 *J. de curat.* (1. 23.), *L.* 2 *de cur. fur.* (27. 10.), *L.* 2 *de postul.* (3. 1.).

iſt (l). Dahin gehört das fieberhafte Delirium (m), das Nachtwandeln, und der durch magnetiſche Behandlung erregte Somnambulismus. Wenn alſo in einem dieſer Zuſtände der Menſch dahin gebracht wird, die einen Vertrag enthaltenden Worte bewußtlos nachzuſprechen, oder eine Urkunde zu unterzeichnen, ſo entſteht durchaus nicht die einer freyen Handlung zukommende Wirkung; eben ſo auch entſteht keine Delictsobligation, wenngleich der Menſch in ſolchen Zuſtänden (was noch leichter eintreten kann als der Schein eines Rechtsgeſchäfts) das Vermögen eines Anderen beſchädigt.

Zweifelhafterer Natur ſind folgende Zuſtände. Zuerſt ein hoher Grad der Trunkenheit. In Anſehung der Rechtsgeſchäfte muß hier daſſelbe wie bey dem Wahnſinn behauptet werden, wenn etwa der Trunkene (was wohl zuweilen geſchehen kann) zum bewußtloſen Nachſprechen von Worten, oder zur Unterſchrift ſeines Namens gebracht wird. Anders verhält es ſich bey Verbrechen und Delicten. Zwar ein Dolus wird auch in dieſer Beziehung dem völlig Betrunkenen nicht zugeſchrieben werden können. Da jedoch nicht leicht Jemand ohne ſeine Schuld in dieſen Zuſtand

(l) Für diejenigen Zuſtände alſo iſt dieſe Rechtsregel unnütz und unanwendbar, in welchen, neben dem fehlenden gegenwärtigen Vernunftgebrauch, auch nicht einmal der Schein einer Thätigkeit vorhanden iſt, wie Schlaf, Ohnmacht, Starrſucht, Scheintod.

(m) Vom fieberhaften Zuſtand ſprechen *L.* 60 *de re jud.* (42. 1.), *L.* 113 *de V. S.* (50. 16.), aber nicht in der Beziehung, in welcher hier die Rede davon iſt, ſondern in Beziehung auf die Frage, ob das Fieber als ein vollgültiges Hinderniß der Anweſenheit im Gericht betrachtet werden könne.

gerathen kann, so wird bey Verbrechen eine öffentliche Strafe, bey Delicten aber eine Verbindlichkeit zur Entschädigung behauptet werden müssen, weil der Trunkene, indem er sich berauschte, die culpose Ursache der später erfolgenden Verletzung wurde (n). — Etwas Ähnliches ist auch von dem höchsten Grad des Zornes behauptet worden, aber ohne Grund. Von Rechtsgeschäften kann in einem solchen Zustand kaum die Rede seyn. Bey Verbrechen und Delicten aber kann durch denselben der Dolus keineswegs ausgeschlossen werden. Ein Zweifel hieran ist veranlaßt worden durch die Regel des Römischen Rechts, daß eine in der Aufwallung des Zorns ausgesprochene Ehescheidung wirkungslos seyn soll (o). Dieses betrifft aber nur das juristische Wesen der zu einer wahren Ehescheidung tauglichen Handlung. Dahin gehören soll nicht jeder Ausspruch der bey der Scheidung üblichen Worte, sondern nur ein Ausspruch mit ruhiger, besonnener Überlegung; ein solcher freylich wird durch einen hohen Grad des Zornes allerdings ausgeschlossen.

C. Die Interdiction wegen Verschwendung wird

(n) Diese Beurtheilung der Trunkenheit wird als die richtige anerkannt in *c.* 7. *C.* 15. q. 1.

(o) *L.* 48 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 3 *de divort.* (24. 2.). — Recht praktische Bedeutung hatte diese Regel wohl nur im früheren R. R. Denn seit der von August für die Scheidung eingeführten feyerlichen Form (*L.* 9 *de divort.*) konnte eine Scheidung in erster Aufwallung des Zornes kaum noch vorkommen; in den oben angeführten Stellen scheinen daher die alten Juristen eine traditionelle Regel aus früherer Zeit vorzutragen.

einmal dem Wahnſinn gleich geſtellt und als völlige Willenloſigkeit bezeichnet (p). Andere Stellen aber beſtimmen das Verhältniß genauer ſo, daß man den Interdicirten völlig gleich ſtellen darf dem impubes pubertati proximus. Er kann nämlich durch Stipulation eine Forderung erwerben, aber nicht ſich als Schuldner durch Vertrag verpflichten (q). Er kann Nichts veräußern (r), und hat überhaupt nicht die Verwaltung ſeines Vermögens, die ſtets unter einem beſondern Curator ſteht (s). Eine Novation kann er vornehmen, inſofern er dadurch ſeinen Zuſtand verbeſſert (t). Eine ihm deferirte Erbſchaft kann er gültig antreten, was jedoch unter der ſo eben bey der Novation

(p) *L.* 40 *de R. J.* (50. 17.). (Pomp. lib. 34 ad Sab.) „Furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est." Die ſcheinbare Allgemeinheit dieſer Stelle iſt ſehr gut aus der Inſcription erklärt von J. Gothofred., Comm. in tit. de R. J., L. 40 cit. Die Stelle ſteht nämlich, ihrem Inhalt nach, in Verbindung mit *L.* 19. 20 *de aquâ pluv.* (39. 3.) (der Inſcription nach nur mit *L.* 20 *cit.*), welche ſo lauten: „Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae. — Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: *nulla enim voluntas errantis est.*" Daran ſchloß ſich nun der aus demſelben Buch des Pomponius (34 ad Sab.) herrührende Satz der *L.* 40 *cit.* an, welcher in dieſer Beziehung auch dem Interdicirten die voluntas abſpricht: nämlich weil er ſich durch ſein wiſſentliches Dulden, das als ſtillſchweigende Einwilligung gilt, ſchaden würde, wozu er eben keine Fähigkeit hat.

(q) *L.* 6 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 9 § 7 *de reb. cred.* (12. 1.).

(r) *L.* 10 *pr. de cur. fur.* (27. 10.), *L.* 6 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 26 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 11 *de reb. eor.* (27. 9.). Daher kann er auch nicht gültige Zahlung leiſten, indem der Curator das Geld vindiciren kann. *L.* 29 *de cond. indeb.* (12. 6.).

(s) *L.* 1 *pr. de cur. fur.* (27. 10.).

(t) *L.* 3 *de novat.* (46. 2.).

bemerkten Einschränkung gedacht werden muß (u). Er kann kein Testament machen (v). Da er aber augenscheinlich des Dolus fähig ist, so muß er auch durch seine Delicte eben so, wie ein der Pubertät nahe stehender Unmündiger, verpflichtet werden (w).

D. Endlich sind alle juristische Personen ihrer Natur nach, und für immer, handlungsunfähig (§ 90. 96), weil jede Handlung die menschliche Thätigkeit des Denkens und Wollens voraussetzt, welche in der juristischen Person, als einer bloßen Fiction, nicht gedacht werden kann.

Vergleichen wir die hier dargestellten Fälle der Handlungsunfähigkeit mit einander, so findet sich unter ihnen folgende Ähnlichkeit und Unähnlichkeit. Die drey ersten Fälle (unreifes Alter, Wahnsinn und Interdiction) haben einen zufälligen Character, indem sie auf individuellen Un-

(u) *L.* 5 § 1 *de adqu. her.* (29. 2.). „Eum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat." Nach der gewöhnlichen Meynung ist der Consens des Curators nöthig. Vgl. die ausführliche Abhandlung von Reinold. Var. Cap. 1. Betrachtet man die Form der Handlung (die gerade bey dem Erbschaftsantritt so viele Schwierigkeit macht), so ist dazu der Interdicirte fähig, und wenn er es nicht wäre, so würde von dieser Seite der consensus, der niemals die Kraft einer auctoritas hat, Nichts helfen. Aber materiell kann die Handlung ungültig seyn, wenn die Erbschaft Nachtheil bringt; daß nun dieses nicht der Fall ist, kann durch den Consens des Curators festgestellt werden.

(v) *L.* 18 *pr. qui test.* (28. 1.), § 2 *J. quib. non est perm.* (2. 12.), Ulpian. XX. 13. — Nicht einmal Zeuge bey einem fremden Testament kann er seyn (§ 6 *J. de test. ord.* 2. 10.), gerade wie jeder Unmündige, auch selbst der pubertati proximus.

(w) J. Gothofredus l. c.

vollkommenheiten beruhen, jedoch mit dem Unterſchied, daß das unreiſe Alter eine regelmäßige, in jedem menſchlichen Leben nothwendig vorkommende, aber vorübergehende Unvollkommenheit iſt, anſtatt daß der Wahnſinn und die Interdiction als ungewöhnliche und krankhafte Zuſtände zu betrachten ſind. Dagegen beruht die Unfähigkeit der juriſtiſchen Perſonen überhaupt gar nicht auf einer individuellen Unvollkommenheit, ſondern auf dem allgemeinen und bleibenden Weſen dieſer Klaſſe von Perſonen.

§. 113.

II. Freye Handlungen. — Erweiterung durch Stellvertreter.

Die natürliche Fähigkeit der Perſon, durch ihre freye Handlungen Veränderungen im Rechtszuſtand hervorzubringen, kann nach zwey Seiten hin poſitiv modificirt werden: erſtlich einſchränkend, indem gewiſſe Perſonen ganz oder theilweiſe für unfähig erklärt werden, durch ihre Handlungen auf den Rechtszuſtand einzuwirken (§ 106 — 112); zweytens erweiternd, indem eine Stellvertretung in juriſtiſchen Handlungen geſtattet wird. — Dieſe Stellvertretung, welche jetzt genauer zu betrachten iſt, greift auf zweyerley Weiſe, als wichtige Förderung, in den geſammten Rechtsverkehr ein. Zunächſt als bloße Erleichterung, indem dadurch die juriſtiſchen Organe eines Jeden dergeſtalt gleichſam vervielfältigt werden, daß auf dieſem Wege Rechtsgeſchäfte zu Stande kommen, welche

außerdem aus faktischen Gründen vielleicht gar nicht, vielleicht nur mit größerer Schwierigkeit entstehen könnten. Außerdem aber dient die Stellvertretung auch als Ersatz für die nach den aufgestellten Regeln fehlende eigene Handlungsfähigkeit, und in dieser Anwendung zeigt sie sich noch weit wichtiger als in der ersten. Denn durch sie wird es möglich, die Rechtsverhältnisse des Unmündigen, des Wahnsinnigen, des Interdicirten, so wie die der juristischen Personen, durch freye Handlungen neu zu gestalten, welches ohne Stellvertretung meist ganz unmöglich seyn würde.

Ehe aber die Regeln selbst über die Stellvertretung aufgestellt werden, ist es nöthig, das Gebiet, worin sie wirksam ist, zu bezeichnen. Dieses Gebiet ist das Vermögen, so weit dasselbe Gegenstand des lebendigen Rechtsverkehrs unter den Zeitgenossen ist. — Daher findet die Stellvertretung nur unbedeutende Anwendung innerhalb des Familienrechts (a). Eben so auch im Erbrecht, welches die Vermögensverhältnisse nicht zwischen Zeitgenossen, sondern im Übergang von einem Geschlecht auf das andere zum Gegenstand hat (b). Endlich auch in den Obligationen,

(a) So kann eine Ehe oder Adoption nur in eigener Person, nie durch Stellvertreter, geschlossen werden; eben so ist es bey der Emancipation, und bey der Freylassung der Sklaven. Gewissermaßen konnte es als Stellvertretung gelten, wenn der filiusfamilias eine Ehe durch confarreatio oder coemtio schloß, und dadurch dem Vater das Recht der manus über die Schwiegertochter erwarb.

(b) So kann Niemand durch Stellvertreter ein Testament machen, oder eine ihm selbst angefallene Erbschaft antreten. Anders ist es, wenn der filiusfamilias oder der Sklave eine ihm angefallene Erbschaft antritt, und dadurch dem Vater oder Herrn das Erbrecht erwirbt.

ſo weit dieſe nicht auf dem Rechtsverkehr beruhen, das heißt auf der rechtmäßigen Wechſelwirkung zwiſchen Perſon und Perſon, ſondern auf der nothwendigen Ausgleichung der Rechtsverletzungen (c).

Die Rechtsregeln ſelbſt haben ſich in folgender Weiſe entwickelt. — Urſprünglich beſtand der ſtrenge, für den Rechtsverkehr ſehr beſchwerliche Grundſatz, daß eine Vertretung nur gelte durch die von unſrer juriſtiſchen Gewalt abhängenden Menſchen, und auch durch dieſe nur zum Erwerben, nicht zur Verminderung des Vermögens.

Nach dieſem urſprünglichen Grundſatz alſo konnten Kinder und Sklaven, ſo wie Die welche in manu oder in mancipio ſtanden, dem Familienhaupt gültigerweiſe erwerben, und zwar ſowohl Eigenthum und jura in re, als Schuldforderungen: dieſes konnte geſchehen ſelbſt durch ſolche Rechtsgeſchäfte, welche unter den ſtrengen Regeln und Formen des alten jus civile ſtanden, wie Mancipation und Stipulation. Dieſe Wirkung war ſelbſt unabhängig von dem Willen des Vertretenen und des Vertreters; das heißt es konnte nicht blos der Vater zu ſeiner Bequemlichkeit dem Sohne den Auftrag geben, für ihn zu ſtipuliren oder eine Mancipation zu empfangen, ſondern auch wenn dieſe Handlungen von dem Sohn ohne Wiſſen des Vaters vorgenommen wurden, kam dennoch das ſo erworbene Recht unmittelbar in des Vaters Vermö-

(c) So können Verträge durch Stellvertreter geſchloſſen werden; bey Delicten iſt das Verhältniß der Stellvertretung unanwendbar.

gen (d). Es waren demnach alle in solcher Abhängigkeit stehende Menschen allgemeine Erwerbsinstrumente des gemeinsamen Familienhauptes.

Dagegen konnte vermittelst dieser Vertretung das Vermögen des Familienhauptes auf keine Weise vermindert werden. Wenn also der Sohn durch Stipulation etwas versprach, so wurde der Vater nicht Schuldner: wenn er eine Sache des Vaters mancipirte, so gieng auf den Empfänger kein Eigenthum über (e). Auch in dieser Hinsicht war wieder der Wille des Vaters gleichgültig, so daß zu solchen Zwecken der Vater zu seiner Bequemlichkeit den Sohn nicht als Instrument gebrauchen konnte (f).

(d) Gajus II. § 86—96, III. § 163—167. Ulpian. XIX. § 18 — 21, *tit. J. per quas pers. nob. adqu.* (2. 9.), *tit. J. per quas pers. nob. obl. adqu.* (3. 28.), *L.* 3 *C. per quas pers.* (4. 27.). — Nur die in jure cessio konnte durch diese Vertretung nicht bewirkt werden, weil der Sohn und der Sklave nicht die Worte aussprechen konnten: hanc rem *meam* esse ajo ex jure Quiritium (Gajus II. § 96); bey dem Sklaven auch schon deswegen nicht, weil er niemals vor Gericht auftreten durfte.

(e) *L.* 133 *de R. J.* (50. 17.). „Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest." *L.* 27 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 3 *C. de pactis* (2. 3.), *L.* 12 *C. de adqu. poss.* (7. 32.). — Es ist ganz zufällig, daß in diesen Stellen nur die Sklaven erwähnt werden; der Satz ist gleich wahr bey allen anderen Arten der Abhängigkeit. — Werden die von uns Abhängigen zu Erben eingesetzt, so können sie nur mit unsrem Willen die Erbschaft antreten, weil diese insolvent seyn, also Schaden bringen kann; haben sie so angetreten, so kommt dadurch das Erbrecht auf uns, ganz als ob wir selbst zu Erben eingesetzt wären. Gajus II. § 87, Ulpian. XIX. § 19.

(f) Wenn also der Herr dem Sklaven befahl, für ihn eine Schuld zu contrahiren, so wurde dennoch der Herr nach altem Recht nicht Schuldner; deswegen führte hier der Prätor eine eigene Klage ein, quod jussu. Eben so verhält es sich mit den anderen, allmälig eingeführten,

Unabhängige Menſchen endlich konnten nach keiner Seite hin eine wirkſame Vertretung übernehmen, ſo daß es ganz unmöglich war, durch die juriſtiſchen Handlungen fremder oder freyer Menſchen (g) Rechte zu erwerben, Rechte aufzugeben, oder Verpflichtungen zu übernehmen, ſelbſt wenn alle dabey betheiligte Perſonen über dieſe Vertretung einverſtanden waren (h).

Ein ſo beſchränkender Grundſatz konnte ſich nicht erhalten, ſobald der Verkehr lebendiger und vielſeitiger wurde. Man fieng daher an, in einzelnen Fällen auch eine freye Stellvertretung zuzulaſſen. Zuerſt geſchah dieſes bey dem Erwerb des Beſitzes, und bey den auf den Beſitz gegründeten Erwerbungsarten des Eigenthums, wie Tradition und Occupation (i). Sehr natürlich wurde dann auch bey der Veräußerung durch Tradition, eben ſo wie bey der Erwerbung durch dieſelbe, die Vertretung zugelaſſen, die dabey durch eigene Sklaven und Kinder eben ſowohl als durch freye Menſchen bewirkt werden konnte (k). Nun

indirecten Verpflichtungen durch Kinder und Sklaven: actio de peculio, tributoria, de in rem verso.

(g) Derjenige, welcher von uns unabhängig, und deshalb zu unſrer Vertretung nach altem Recht unfähig iſt, heißt extranea oder auch libera persona (Gajus II. § 95); libera bezeichnet alſo hier den Gegenſatz nicht blos (wie ſonſt gewöhnlich) der dominica potestas, ſondern jeder Abhängigkeit von potestas, manus, mancipium.

h) Gajus II. §. 95, § 5 *J. per quas pers. nob. adqu.* (2. 9.).

(i) §. 5. *J. per quas pers.* (2. 9.), *L.* 1 *C. de adqu. poss.* (7. 32.), *L.* 20 § 2 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), *L.* 1 *C. per quas pers.* (4. 27.), *L.* 11 § 6 *de pign. act.* (13. 7.), Paulus V. 2 § 2. — Vgl. Savigny, Recht des Beſitzes § 26.

(k) 42, 43 *J. de rer. div.*

also war im Verkehr des Eigenthums die freye Vertretung nur noch für diejenigen Formen ausgeschlossen, die dem alten Civilrecht angehörten, das heißt für die Mancipation und die in jure cessio. — Eine ähnliche Erleichterung des Verkehrs wurde dann auch bey den Obligationen gestattet, nur daß man hier die Veränderung mehr allmälig und zögernd, als bey dem Eigenthum, eintreten ließ (l). Man ließ es also zu, daß bey Contracten, wie Kauf und Miethe, durch Stellvertreter Forderungen erworben und Schulden übernommen würden; als vermittelnde Rechtsform wurde dabey die Ertheilung von utiles actiones angewendet. Contracte aber, die auf der strengen Form des alten Civilrechts beruhten, das heißt die Stipulationen, sollten stets nur in eigener Person, nicht durch freye Stellvertreter, geschlossen werden, und diese Regel ist noch im Justinianischen Recht anerkannt (m). Nur wurde auch dabey noch eine praktische Milderung zugelassen. Für eine einzelne Stipulation zwar sollte kein Stellvertreter zugelassen werden. Wenn aber während einer allgemeineren Verwaltung fremder Geschäfte unter andern auch Stipulationen, als einzelne Stücke der Geschäftsführung, geschlossen werden mußten, so sollten die Klagen aus diesen nicht für und wider den Geschäftsfüh-

(2. 1.), *L.* 9 §. 4 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), *L.* 41 § 1 *de rei vind.* (6. 1.)

(l) Die genauere quellenmäßige Ausführung dieses Punktes ist nur im Zusammenhange des Obligationenrechts möglich.

(m) *L.* 3 *C. de contr. stip.* (8. 38.), *L.* 1 *C. per quas pers.* (4. 27.), § 4 *J. de inut. stip.* (3. 17.), *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1.)

rer, ſondern für und wider den Herrn des Geſchäfts, gegeben werden. So bey dem Vormund (n), und eben ſo bey dem Prozeßprocurator (o), wenn jener in den vormundſchaftlichen Geſchäften, dieſer im Lauf des Prozeſſes, Stipulationen abzuſchließen veranlaßt wurde.

Aus dieſen einzelnen Fällen bildete ſich denn endlich die allgemeine Regel, die im Juſtinianiſchen Recht nur in folgender Stelle zu allgemeiner Anerkennung gekommen iſt.

L. 53 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.) (aus Modestin. lib. 14 ad Q. Mucium): „Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

Das Reſultat, welches hieraus für das Juſtinianiſche Recht hervorgeht, läßt ſich in folgenden Sätzen darſtellen:

1) Civile Handlungen ſtehen noch jetzt unter den oben dargeſtellten Regeln des alten Rechts; bey ihnen gilt alſo nur Vertretung im Erwerb, und nur durch die vom Erwerber abhängigen Menſchen.

Civile Handlungen aber ſind im Juſtinianiſchen Recht (innerhalb der oben beſtimmten Gränzen, alſo mit Ausſchluß des Erbrechts und des Familienrechts) nur noch die Stipulationen.

(n) *L.* 2 *pr. de admin.* (26. 7.), *L.* 5. 6. 7. 8. *quando ex facto tut.* (26. 9.)

(o) *L.* 5 *de stip. praetor.* (46. 5.)

2) Naturale Handlungen laſſen jede Vertretung zu: durch abhängige, und durch freye Menſchen: wir mögen durch die Handlung erwerben oder verlieren.

Dahin alſo gehören bey weitem die meiſten und wichtigſten Geſchäfte des Juſtinianiſchen Rechts, ſo daß dieſer Theil der Regel nunmehr von überwiegender Bedeutung iſt (p).

3) Die Vertretung ſelbſt iſt nun von zweyerley Art:

a) Die ſchon im alten Recht gegründete nothwendige Vertretung gilt nur für den Erwerb (geſchehe dieſer durch civile oder durch naturale Handlungen), hier aber unabhängig vom Bewußtſeyn und Willen des Herrn. Sie kommt aber faſt nur noch vor bey Sklaven; denn manus und mancipium ſind ganz verſchwunden, und Kinder in väterlicher Gewalt erwerben in der Regel nicht mehr für den Vater, ſondern für ſich ſelbſt (q).

(p) Mehrere Stellen des Juſtinianiſchen Rechts ſcheinen damit im Widerſpruch zu ſtehen, z. B. § 5 *J. per quas pers.* (2. 9.) und *L.* 1 *C. per quas pers.* (4. 27.), nach welchen man glauben könnte, der Erwerb durch Beſitz ſey der einzige Fall, worin ausnahmsweiſe eine Vertretung durch freye Menſchen gelte (wodurch damals, als jene Stellen geſchrieben wurden, beſonders die Mancipation ausgeſchloſſen werden ſollte); eben ſo andere Stellen, worin noch die freye Vertretung bey naturalen Contracten als zweifelhaft erſcheint. Alle dieſe Stellen können nun im Zuſammenhang des Juſtinianiſchen Rechts nur ſo angeſehen werden, daß ſie die Entwicklungsgeſchichte der Regel darſtellen, die in ihrer unzweifelhaften neueſten und allein gültigen Geſtalt, durch die im Text abgedruckte *L.* 53 *de a. r. d.* ausgeſprochen wird.

(q) Das heißt, wenn ein filiusfamilias Etwas erwirbt, ohne dabey des Vaters zu erwähnen, ſo wird er ſelbſt Eigenthümer, anſtatt daß hier vor Juſtinian der Vater das Eigenthum erwarb. Will aber der Vater Etwas erwerben, ſo verſteht es ſich

b) Die freye Vertretung kann auf zweyerley Weise begründet werden.

In der Regel geschieht es durch den Willen Desjenigen, dessen Rechte entstehen oder untergehen sollen.

Ist aber Dieser selbst handlungsunfähig, so geschieht es durch ein allgemeines, jenen Willen ersetzendes, Rechtsverhältniß: in den Fällen des unreifen Alters, des Wahnsinns, und der Interdiction, durch die Vormundschaft; bey juristischen Personen durch die in ihrer besonderen Verfassung dazu bestimmten Personen.

Was ist nun von diesem Justinianischen System der Vertretung noch übrig in unsrem heutigen Recht? Wir haben keine Stipulationen und keine Sklaven mehr. Daher besteht für uns nur noch:

die unbeschränkte Zulassung der freyen Vertretung, indem in unsrem Recht alle Handlungen naturale sind, und indem die nothwendige Vertretung durch Sklaven nicht mehr vorkommen kann.

§. 114.

III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum.

Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht

von selbst, daß dazu der Sohn, eben so wie jeder Fremde, als Mittelsperson dienen kann; gerade so, wie er auch zu Veräußerungen vom Vater als Mittelsperson gebraucht werden darf.

nur freye Handlungen ſind, ſondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entſtehung oder Auflöſung eines Rechtsverhältniſſes unmittelbar gerichtet iſt (§ 104).

Drey Momente derſelben ſind hier einzeln zu erwägen: der Wille ſelbſt, die Erklärung des Willens, und die Übereinſtimmung des Willens mit der Erklärung.

Der Wille ſelbſt bedarf nach zwey Seiten hin einer genaueren Beſtimmung:

1) Das Daſeyn deſſelben kann zweifelhaft werden durch entgegen wirkende Thatſachen, deren Einfluß unterſucht und feſtgeſtellt werden muß. Dieſe Thatſachen ſind: Zwang und Irrthum.

2) Der Umfang des Willens kann modificirt werden durch Beſchränkungen, die er ſich ſelbſt giebt. Dieſe mögliche Selbſtbeſchränkungen ſind: Bedingung, Zeit, Modus.

Das Daſeyn des Willens ſcheint durch Zwang und Irrthum ausgeſchloſſen zu werden nach folgender Betrachtung. Zwang iſt der Gegenſatz der Freyheit. Wenn alſo Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, ſo iſt kein freyer, alſo kein wirklicher Wille vorhanden, ſondern nur der Schein des Willens. — Wenn ferner ein Irrthum als Beweggrund auf den Willen einwirkt, ſo iſt der Wollende ohne wahres (mit der Wirklichkeit übereinſtimmendes) Bewußtſeyn, folglich eben ſo wenig einer wirk-

ſamen Willenserklärung fähig, als der Unmündige oder Vernunftloſe.

Die genauere Ergründung beider Fälle wird die in dieſen Behauptungen enthaltene Täuſchung darlegen. Jedoch muß ſchon jetzt auf das wahre Element hingewieſen werden, welches bey dieſer Täuſchung im Hintergrund ſteht. Es findet ſich nämlich hier die wichtige Einwirkung ſittlicher, dem Rechtszuſtand weſentlich verwandter, Momente. Der Zwang an ſich hebt das Daſeyn und die Wirkſamkeit des Willens nicht auf; aber die in demſelben enthaltene, in das Rechtsgebiet ſtörend eingreifende, Unſittlichkeit macht eine poſitive Gegenwirkung nothwendig. — Eben ſo hebt der Irrthum an ſich das Bewußtſeyn, und mit dieſem den Willen, nicht auf; aber es kann dabey eine ähnliche, das Rechtsgebiet ſtörende, Unſittlichkeit vorkommen, und dann iſt die gleiche Nothwendigkeit poſitiver Gegenwirkung vorhanden. — Nunmehr ſind dieſe beiden Fälle abgeſondert darzuſtellen.

Zwang oder Gewalt (vis) bezeichnet zwey ganz verſchiedene Arten der Einwirkung eines Menſchen auf einen andern.

1) Überwältigung durch körperliche Übermacht, ſo daß ſich der Gezwungene blos leidend verhält. Von dieſer kann hier, bey Willenserklärungen, die in geiſtiger Thätigkeit beſtehen, gar nicht die Rede ſeyn. Denn wenn z. B. Einer dem Andern mit Gewalt die Hand zur Unterſchrift einer Urkunde führt, ſo liegt darin, eben ſo wie bey der

von einem Anderen nachgemachten Unterschrift, gar keine Einwilligung, sondern höchstens der täuschende Schein einer solchen. — Negativ freylich kann diese Art des Zwangs bey Willenserklärungen wohl vorkommen, nämlich um dieselben unmöglich zu machen; wenn z. B. Einer durch Einsperren verhindert wird, einen Vertrag zu schließen, oder ein Testament zu machen. — Die Neueren nennen diese Art der Gewalt vis absoluta.

2) Einwirkung auf den Willen des Handelnden durch Drohung, also durch die zu diesem Zweck in ihm absichtlich erregte Furcht, bey den Neueren vis compulsiva genannt (a). Von dieser allein, als von einer Einwirkung auf den Willen des Andern, kann hier die Rede seyn. Eigentlich wäre es daher besser, in dieser Untersuchung nur von Furcht, nicht von Zwang zu sprechen, wie es auch bey den Römern in der That geschieht (b); dennoch ist hier der Ausdruck Zwang gebraucht worden, theils weil er bey neueren Schriftstellern der üblichere ist, theils weil aus ihm allein der Schein begreiflich wird, als ob gar kein Wille vorhanden wäre: dieser Schein aber ist es,

(a) Der Gegensatz beider Arten der Gewalt wird besonders anschaulich bey dem Verlust des Besitzes; dieser kann sowohl durch absolute Gewalt bewirkt werden, als durch compulsive; im ersten Fall ist es eine Dejection, im zweyten eine erzwungene Tradition; im ersten Fall ist das interdictum de vi begründet, im zweyten die actio quod metus causa. Vgl. *L.* 9 *pr. quod metus* (4. 2.), *L.* 5 *de vi* (43. 16)

(b) Das Edict lautete ursprünglich so: quod vi metusque causa gestum erit, späterhin wurde die Erwähnung der vis weggelassen, so daß es nun blos heißt: quod metus causa gestum erit. *L.* 1 *quod metus* (4. 2.).

auf dessen Vernichtung es in dieser Untersuchung vorzugsweise ankommt.

Allerdings liegt es sehr nahe, Zwang und Freyheit als einander ausschließende Zustände anzusehen, mithin die Freyheit schlechthin zu verneinen, da wo Zwang vorhanden ist. Dennoch müssen wir bey genauerer Betrachtung diese Ansicht gänzlich aufgeben. Mit den speculativen Schwierigkeiten des Freyheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet Nichts zu schaffen; uns berührt blos die Freyheit in der Erscheinung, das heißt die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen. Daß aber diese Fähigkeit bey dem Gezwungnen, das heißt bey dem Bedrohten, wahrhaft vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden. Er hat die Wahl sogar zwischen Drey möglichen Entschlüssen: die Handlung vorzunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will; das gedrohte Übel durch Widerstand abzuwehren; oder endlich dieses Übel zu erdulden. Hat er nun den ersten dieser drey Wege erwählt, so ist die Freyheit der Wahl, also seines Wollens, wahrhaft vorhanden, und wir müssen das wirkliche, nicht blos scheinbare, Daseyn einer Willenserklärung, z. B. eines Vertrags, mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen, unbedenklich anerkennen.

Diese Ansicht ist denn auch die des Römischen Rechts in so klaren, entscheidenden Stellen (c), daß selbst die

(c) *L.* 21 § 5 *quod metus* (4. 2.). „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum

ſcheinbar entgegenſtehenden Zeugniſſe keinen erheblichen Zweifel erregen können (d). Ganz vorzüglich aber iſt die unzweifelhafte praktiſche Behandlung dieſes Falles, von welcher ſogleich die Rede ſeyn wird, nur unter Vorausſetzung jener Grundregel begreiflich.

Obgleich nun der Zwang zu einer Willenserklärung die Freyheit des Handelnden an ſich nicht aufhebt, folglich der natürlichen Wirkſamkeit der Erklärung nicht im Wege ſteht, ſo ſteht er dennoch im geraden Widerſpruch mit dem Zweck alles Rechts, welcher auf die ſichere und ſelbſtſtändige Entwicklung der Perſönlichkeit gerichtet iſt

esset noluissem, *tamen coactus volui*: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur." — *L.* 21. 22 *de ritu nupt.* (23. 2.). „.. Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset ... *malusse hoc videtur*." Es iſt kein Grund vorhanden, unter dem allgemeinen Ausdruck dieſer letzten Stelle, wie Manche wollen, etwas Anderes als den eigentlichen Zwang, nämlich die ehrfurchtsvolle Nachgiebigkeit gegen den ernſten Willen des Vaters (metus reverentialis) zu verſtehen.

(d) *L.* 6 § 7 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.). „Celsus .. scripsit, eum qui metu ... coactus, *fallens adierit hereditatem* .. heredem non fieri" etc. Fallens ſteht für simulans, er hatte alſo nur zum Schein etwa Handlungen eines Erben (als gestio) aus Furcht vorgenommen, folglich gar nicht wirklich angetreten (fallens adierit für simulaverit se adire). Die Emendation *pallens* für fallens iſt verwerflich. Vgl. über die Stelle, außer der Gloſſe, auch Cujacius in L. 21 quod metus Opp. I. 971. Marckart interpret. II. 13. — *L.* 9 *pr. qui et a quib. manum.* (40. 9.). In der hier erwähnten erzwungnen Handlung liegt gar keine Manumiſſion, ſondern blos die an ſich unwirkſame ſchriftliche Anerkennung der Freyheit. *L.* 17 *pr. eod.* ſpricht von einem poſitiven, polizeylichen Verbot der durch Volksgewalt erzwungenen Freylaſſungen; das Bedürfniß eines ſolchen Verbots beweiſt gerade, daß die Handlung ohne daſſelbe gültig geweſen wäre.

(§ 52). Demnach liegt in dem Zwang eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeit; sie ist dem Unrecht verwandt, wenngleich kein wirkliches, unmittelbares Unrecht (e). Es ist die Aufgabe des positiven Rechts, diese Unsittlichkeit, durch positive Gegenwirkung, von dem Rechtsgebiet abzuwehren, und genau diese Aufgabe findet sich im Römischen Recht deutlich anerkannt (f). Die sehr mannichfaltigen Mittel zu dieser Abwehr können nur in den einzelnen Theilen des Systems ganz deutlich gemacht werden; hier muß eine allgemeine Übersicht genügen. Es dient zu diesem Zweck erstlich eine besondere Klage; ferner eine Exception gegen die Klage jedes Andern; endlich, wenn diese regelmäßigen Mittel nicht genügen, die Wiederherstellung des veränderten Rechtszustandes auf dem Wege einer Restitution (g).

(e) Der Zwang oder die Drohung enthält nicht einmal nothwendig ein beabsichtigtes, vorbereitetes Unrecht, da der Drohende fest entschlossen seyn kann, die Drohung nicht zu vollziehen. Für die rechtliche Wirkung macht Dieses keinen Unterschied, da die ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen stets dieselbe bleibt.

(f) *L.* 116 *pr. de R. J.* (50. 17.). „Nihil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus: *quem comprobare, contra bonos mores est*" Anstatt qui bonae fidei liest die Florentina qui *ac* b. f., mehrere Handschriften lesen qui *et* b. f. Die hier angenommene bessere Lesart beruht gleichfalls auf Handschriften. — *L.* 3 § 1 *quod metus* (4. 2.). „.. vim accipimus ... *quae adversus bonos mores* fiat." — *L.* 1 eod. „Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo." — *L.* 21 § 5 eod. (s. o. Note c).

(g) Die Behandlung dieses Gegenstandes ist in Beziehung auf dingliche Rechte und Obligationen großentheils unzweifelhaft. Mehr bestritten ist die Wirkung solcher Drohungen, wodurch ein letzter Wille veranlaßt wird. Vgl. Glück B. 33 S. 426. Mühlen-

Die Bedingungen aber, unter welchen allein der Zwang dieſe wichtige Wirkung haben kann, ſind gleich hier vollſtändig zuſammen zu ſtellen.

1) Es iſt nöthig die Furcht vor einem bedeutenden Übel, das heißt die Bedrohung des Lebens, oder des Leibes (h), oder der Freyheit. Dieſes letzte gilt in einem doppelten Sinn: ſowohl für die factiſche Entziehung der Freyheit durch Gefängniß oder Ketten (i), als auch für den wirklichen Sklavenſtand (k), wenn etwa die Drohung darauf geht, eine vindicatio in servitutem durch Unterdrückung von Urkunden verderblich zu machen (l), oder wenn es in der Macht des Drohenden ſteht, den Freyen in einen Sklaven zu verwandeln (m). In allen dieſen

BRUCH § 643. — Bey der Ehe hatte das ältere R. R., wegen der freyen Scheidung, kein Bedürfniß einer beſonderen Abhülfe; die bey Obligationen angewendeten Mittel paßten hier nicht. Das neueſte Recht, welches die Scheidung ſo ſehr erſchwert, hat hier eine Lücke gelaſſen. Das canoniſche Recht nimmt ganz conſequent Nichtigkeit der Ehe an. *C.* 15. 28 X. *de spons.* (4. 1.), *C.* 2 X. *de eo qui dux.* (4. 7.). BÖHMER § 348. EICHHORN II. S. 351.

(h) *L.* 3 § 1 *L.* 7 § 1 *L.* 8 *pr.* § 2 *quod metus* (4. 2.), *L.* 3 *ex quib. causis majores* (4. 6.), *L.* 13 *C. de transact.* (2. 4.), *L.* 7 *C. de his quae vi* (2. 20.).

(i) *L.* 7 § 1 *L.* 22 *L.* 23 § 1. 2 *quod metus* (4. 2.).

(k) *L.* 4 *quod metus* (4. 2.). „Ego puto etiam servitutis timorem, similiumque admittendum." Die Similia ſind nun eben die in Note i angeführten Drohungen: Gefängniß oder Feſſeln.

(l) *L.* 8 § 1 *quod metus* (4. 2.).

(m) So z. B. die mit einem fremden Sklaven verheirathete freye Frau, nach dem Sc. Claudianum. Eben ſo den undankbaren Freygelaſſenen. Wenn in dieſem letzten Fall die Anwendbarkeit des Edicts verneint wird (*L.* 21 *pr. quod metus* 4. 2.), ſo geſchieht dieſes nicht deswegen, weil die revocatio in servitutem kein hinreichendes Übel wäre, ſondern weil in dem durch die angeführte Stelle vorausgeſetzten Fall die Furcht gar nicht

Fällen iſt es gleichgültig, ob dem Handelnden für ſich ſelbſt, oder für ſeine Kinder, die Gefahr angedroht wird (n). — Auf dieſe Fälle aber beſchränkt ſich jene wichtige Wirkung der Drohungen, weshalb folgende Fälle ohne Einfluß ſind: Bedrohung des guten Rufs (o), oder auch des Vermögens. Insbeſondere iſt die Bedrohung mit Prozeſſen, ſeyen es Civilklagen oder Criminalanklagen, dazu nicht hinreichend (p). — Man kann alſo ſagen, daß diejenigen Übel, deren Androhung jene Wirkung hervorbringen ſoll, faſt immer wahre Rechtsverletzungen enthalten müſſen (q): umgekehrt aber würde die Drohung einer blos

durch eine Drohung des Patrons, ſondern nur durch das böſe Gewiſſen der Freygelaſſenen ſelbſt, entſtanden war.

(n) *L.* 8 §3 *quod metus* (4.2.).

(o) *L.* 7 *pr. quod metus* (4.2.). „Nec timorem infamiae hoc edicto contineri." Der Ausdruck iſt zweydeutig. Er kann auf Zuziehung wahrer Infamie gehen (z. B. wenn der Drohende es in ſeiner Macht hat, durch doli oder furti actio die Ehre wirklich zu entziehen), oder auch auf Gefährdung des guten Rufs durch üble Nachreden. In beiden Bedeutungen muß der Satz für wahr gehalten werden.

(p) *L.* 7 *pr. quod metus* (4.2) „neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui." — *L.* 10 *C. de his quae vi* (2. 20). „Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium." — Damit iſt nicht geſagt, daß gegen die Drohung einer Klage, um Geld oder Geldeswerth zu erpreſſen, kein Schutz zu finden wäre; vielmehr bezieht ſich darauf das Edict de calumniatoribus (Dig. III. 6), welches jedoch andere Regeln hat, als die actio quod metus causa.

(q) Ich ſage: faſt immer, denn wenn die freye Frau eines Sklaven, oder der undankbare Freygelaſſene, in Sklaven verwandelt werden, ſo iſt das keine Rechtsverletzung. Dieſe ſcheinbare Inconſequenz erklärt ſich daraus, daß der zum Sklaven Gemachte rechtlos wird, ſo daß von nun an gegen ſeine Perſon Alles möglich und erlaubt iſt, was außerdem Rechtsverletzung geweſen wäre.

auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung zu jener Wirkung gewiß nicht hinreichen (r).

2) Es ist ferner nöthig eine gegründete Furcht, also ein wahrscheinliches Übel, welchem schwer zu widerstehen ist, so daß der Characterschwäche oder der leeren Einbildung kein Schutz verheißen seyn soll (s).

3) Endlich aber, und was das Wichtigste ist, es genügt nicht das bloße Daseyn der Furcht, sondern die Furcht muß auf einer Drohung beruhen, das heißt sie muß von irgend einem Menschen absichtlich erregt worden seyn, um diese Handlung zu bewirken (t). War dieses der Fall, so beschränkt sich allerdings die Wirkung nicht auf den Urheber allein, sondern sie erstreckt sich auch auf andere, schuldlose Personen, das heißt sie geht in rem (u).

Fassen wir das hier Gesagte, und im Einzelnen Bewiesene, zu einer kurzen Übersicht zusammen, so ergiebt sich daraus die Bestätigung des oben aufgestellten Grund-

(r) Auch hier wieder (wie in Note p) muß gegen das Mißverständniß gewarnt werden, als ob gegen solche Drohungen jeglicher Schutz fehlte. Hier kann die condictio ob turpem causam helfen (*L.* 2 *pr. L.* 4 § 2 *de cond. ob turp* 12. 5.), die nur andere Regeln hat, als die actio quod metus causa. Der durchgreifendste praktische Unterschied liegt darin, daß die actio quod metus causa gegen jeden Dritten wirkt, anstatt daß die erwähnten anderen Rechtsmittel (Note p und r) nur gegen den Thäter gehen.

(s) *L.* 6 *quod metus* (4. 2.). „Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere constat." *L.* 7 *pr. L.* 9 *pr. eod. L.* 184 *de R. J.* (50. 17.).

(t) *L.* 14 § 3 *quod metus* (4. 2.) „sufficit enim hoc docere, metum sibi *illatum*." *L.* 9 § 1 *L.* 21 *pr. eod.*

(u) *L.* 9 § 8 *quod metus* (4. 2.), *L.* 4 § 33 *de doli except.* (44. 4.).

satzes: der Zwang schließt nicht die Freiheit aus, so daß neben ihm die Willenserklärung dennoch besteht und wirkt. Ihre natürlichen Folgen aber werden durch eine positive Gegenwirkung gehemmt, deren Grund in der Unsittlichkeit liegt, wodurch der Zwang das Rechtsgebiet stört.

In dieser Verbindung aber tritt die Wahrheit der Grundregel, daß der Zwang die Freyheit nicht ausschließt, noch deutlicher hervor. Erstlich wegen der nöthig gefundenen positiven Gegenanstalten. Wenn ein Unmündiger oder ein Wahnsinniger solche Worte ausspricht, wodurch ein Handlungsfähiger, welcher sie ausspräche, verpflichtet werden würde, so wird nicht daran gedacht, ihm dagegen einen künstlichen Schutz zu bereiten, z. B. durch eine Exception gegen die Contractsklage des Gegners; es ist juristisch gar Nichts geschehen, das ist genug. Ganz so müßte es auch seyn bey Demjenigen, welcher durch Drohungen zu einer Willenserklärung bestimmt wird, wenn wirklich der Zwang die Willensfreyheit ausschlösse; da es hier nicht so ist, so muß wohl Freyheit als vorhanden vorausgesetzt seyn. — Zweytens, wenn die Freyheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müßte es ganz gleichgültig seyn, ob diese Furcht durch das bloße Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden derselbe ist. Da nun aber jener Rechtsschutz nie der bloßen Furcht allein, sondern lediglich der durch Drohung erzeugten Furcht gewährt wird, so muß der Grund

dieſes Rechtsſchutzes nicht in die mangelnde Willensfreyheit des Fürchtenden, ſondern in die rechtswidrige Unſittlichkeit des Drohenden, geſetzt werden.

Um die hier bekämpfte Meynung, nach welcher der Zwang das Daſeyn des freyen Wollens ausſchließen ſoll, völlig zu beſeitigen, iſt es nöthig, zum Schluß noch eine mögliche Geſtalt derſelben zu erwähnen, welche mehreren ihrer Vertheidiger, wenn auch nicht ganz deutlich gedacht, vorgeſchwebt zu haben ſcheint. Man kann ſich nämlich den durch die Drohung erzeugten Seelenzuſtand in Gedanken ſo ſteigern, daß er dem Wahnſinn oder der äußerſten Trunkenheit gleichartig wird, in welchem Fall der ſo Geängſtete in der That nicht mehr weiß was er thut oder redet, alſo wirklich bewußtlos iſt. In dieſem Fall iſt nun in Wahrheit gar kein Wille vorhanden (§ 112), und kein Richter wird darüber im Zweifel ſeyn. Dabey iſt es auch ganz gleichgültig, ob dieſe Art der Bewußtloſigkeit durch menſchlichen böſen Willen, oder durch Naturereigniſſe, vielleicht blos durch die Einbildungskraft eines höchſt furchtſamen Menſchen, hervorgebracht worden iſt. Das Römiſche Recht denkt entſchieden gar nicht an dieſen Fall, theils weil in demſelben gewiß Alles ipso jure nichtig ſeyn würde, theils weil die Drohung als Grund der Furcht dabey gleichgültig iſt, die doch das Römiſche Recht als unerläßliche Bedingung ſeiner indirecten Schutzanſtalten fordert. Dieſer Fall iſt aber auch praktiſch eben ſo un-

wichtig, als deſſen Behandlung unzweifelhaft iſt. Er iſt unwichtig, weil er nur höchſt ſelten vorkommen kann. Denn wo die Angſt dieſen höchſten Grad erreicht, in welchem ſie den Menſchen wahrhaft bewußtlos macht, da wird meiſt auch nicht die Möglichkeit einer ſcheinbaren Thätigkeit zurück bleiben; es wird vielmehr eine Ohnmacht erfolgen, oder wenigſtens die gänzliche Unfähigkeit zu jeder Aeßerung, die als eine Willenserklärung fälſchlich ausgelegt werden könnte.

Die ganze Frage übrigens, die hier für das Privatrecht aufgeworfen und beantwortet worden iſt, kommt auch im Criminalrecht vor, und hat auch hier ähnliche Schickſale gehabt, wie im Privatrecht. Das Princip iſt auch hier daſſelbe. Wer durch Drohungen beſtimmt wird, ein Verbrechen zu begehen, handelt frey, und iſt zurechnungsfähig, mit Ausnahme der ſeltenen Fälle, worin die Angſt zur wahren Bewußtloſigkeit wird. Allein die praktiſche Behandlung wird hier eine ganz andere. Von einer indirecten Ungültigkeit (per exceptionem) kann im Criminalrecht natürlich nicht die Rede ſeyn; dagegen wird hier die Drohung zuweilen Grund einer Milderung oder ſelbſt der Strafloſigkeit ſeyn. Die genauere Ausführung dieſer Frage kann hier nicht unternommen werden.

§. 115.

III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum. (Fortsetzung.)

Es bleibt übrig die Betrachtung des Irrthums als eines denkbaren Hindernisses für das Daseyn einer wahren, wirksamen Willenserklärung.

Irrthum überhaupt ist der Zustand des Bewußtseyns, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes von einer unwahren verdeckt und verdrängt wird. Das Wesentliche jedoch in diesem Zustand ist blos der Mangel der wahren Vorstellung, welcher sich auch in der Gestalt bloßer Bewußtlosigkeit über diesen Gegenstand zeigen kann, ohne daß eine bestimmte andere Vorstellung an die Stelle der wahren tritt. Hierin liegt der innere Unterschied zwischen Irrthum und Unwissenheit (error und ignorantia), welche jedoch juristisch einander völlig gleich stehen. Es wäre genauer und erschöpfender, überall von Unwissenheit zu reden, da dieser Ausdruck das Wesen jenes mangelhaften Zustandes des Bewußtseyns am allgemeinsten bezeichnet. Dennoch ist bei unsren Schriftstellern häufiger von Irrthum die Rede, ohne Zweifel weil diese Gestalt des erwähnten Zustandes die häufigere und darum praktisch wichtigere ist; auch ist dieser Sprachgebrauch ohne alles Bedenken, sobald man sich voraus darüber verständigt hat, Alles, was über den Irrthum gesagt wird, auch für die bloße Unwissenheit gelten zu lassen.

Der Irrthum nun kommt als ein wichtiges Moment in so mancherley juristischen Beziehungen vor, daß es unmöglich ist, dieselben an einer einzelnen Stelle des Rechtssystems zu erschöpfen. Dennoch ist es für die Vollständigkeit der Einsicht wichtig, diese verschiedenen Beziehungen zu einer gemeinsamen Uebersicht zu verbinden. Diese zusammenhängende Darstellung des Irrthums in seinen verschiedenen Beziehungen auf Rechtsverhältnisse habe ich in einer abgesonderten Abhandlung zu geben versucht (Beylage VIII.).

Gegenwärtig fassen wir den Irrthum blos in der Beziehung auf, da er als Beweggrund zu einer Willenserklärung erscheint. Bey dieser Beziehung wird fast immer ein eigentlicher Irrthum zum Grunde liegen, da die reine Unwissenheit gewöhnlich nur Unterlassungen zur Folge haben wird. — Wir fragen nun in dieser Beziehung, ob wohl der aus Irrthum entsprungene Wille als ein eigentlicher und wirksamer Wille zu betrachten seyn möge? Der schon oben angedeutete Schein für die Verneinung dieser Frage liegt in einer gewissen Aehnlichkeit des Irrthums mit der Bewußtlosigkeit. So wie nämlich der Unmündige oder Wahnsinnige, könnte man sagen, zu Willenserklärungen unfähig sind wegen ihres allgemeinen Mangels an Bewußtseyn überhaupt (§. 106.), so muß dazu auch Derjenige unfähig seyn, welchem ein richtiges Bewußtseyn in besonderer Beziehung auf die den Willen bestimmenden Thatsachen mangelt. Es finden sich

sogar einige sehr allgemein lautende Stellen des Römischen Rechts, wodurch man versuchen könnte, diese Vergleichung zu unterstützen (a).

Allein bey genauerer Betrachtung muß dennoch diese Gleichstellung gänzlich aufgegeben werden. Wenn wir sagen, die irrige Vorstellung habe den Willen bestimmt, so ist dieses nur in einem sehr uneigentlichen Sinne anzunehmen. Immer war es der Handelnde selbst, der dem Irrthum diese bestimmende Kraft einräumte. Die Freyheit seiner Wahl zwischen entgegengesetzten Entschlüssen war unbeschränkt; welche Vortheile ihm der Irrthum auch vorspiegeln mochte, er konnte sie verwerfen, und durch den Einfluß jener irrigen Vorstellungen ist daher das Daseyn der freyen Willenserklärung keineswegs aufgehoben. Die richtige Auffassung der Frage beruht also auf der scharfen Unterscheidung des Wollens selbst, von Demjenigen was ihm in der Seele des Wollenden vorherging; das Wollen ist eine selbstständige Thatsache, die allein für die Bildung der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit ist, und es ist ganz willkührlich und grundlos, wenn wir mit dieser Thatsache jenen vorbereitenden Prozeß so verbinden, als ob derselbe ein Bestandtheil ihres Wesens wäre. Auch ist hier der Schein für eine entgegengesetzte Ansicht weit geringer, als im Fall des Zwanges; sie hat

(a) *L.* 20 *de aqua et aq. pluv.* (39. 3.) „nulla enim voluntas errantis est." Eben so mehrere andere Stellen. Vgl. Beyl. VIII. Num. VII.

in dieser Allgemeinheit keine Vertheidiger gefunden, und die in dieser Lehre häufig vorkommenden Misverständnisse haben sich mehr an einzelne Momente, als an die allgemeine Betrachtung dieses Falles überhaupt, angeknüpft.

Diese Grundansicht des Irrthums führt nun zu folgenden Sätzen des römischen Rechts, die, für die hier vorliegende Anwendung (auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen), so wie für alle anderen, Gültigkeit haben.

Der Irrthum an sich hat in der Regel gar keine Wirkung, und es ist überall nur durch besondere Ausnahme, wo ihm eine Einwirkung eingeräumt wird (b).

Auch in diesen ausgenommenen Fällen wird seine Wirkung ausgeschlossen, wenn dem Irrenden eine besondere Verschuldung zur Last fällt, das heißt wenn der Irrthum leicht zu vermeiden war.

Eine solche Verschuldung wird in der Regel angenommen, wenn der Irrthum nicht Thatsachen zum Gegenstand hat (facti error s. ignorantia), sondern Rechtsregeln (juris error s. ignorantia). Doch kann unter besonderen Umständen, und vorzüglich nach dem heutigen Rechtszustand, auch dieser Rechtsirrthum ein schuldloser, und daher wirksamer, seyn (c).

Bey Willenserklärungen insbesondere gilt die hier aufgestellte Regel (d): neben ihr finden sich zwey Ausnah-

(b) Beylage VIII. Num. VI. — Es ist also falsch, wenn das Princip aufgestellt wird, um Schaden abzuwenden gelte jeder Irrthum, um Gewinn zu ziehen gelte der factische, nicht der Rechtsirrthum. Beylage VIII. Num. VIII. XI.

(c) Beylage VIII. Num. III. IV.

(d) Beylage VIII. Num. X.

men, in welchen der unverschuldete Irrthum eigene Klagen erzeugt, um die Willenserklärungen hinterher zu entkräften: die ädilicischen Klagen, und die auf irrige causa gegründeten Condictionen, insbesondere die wichtigste derselben, die condictio indebiti (e).

Allein alle diese Sätze finden doch nur da Anwendung, wo der Irrthum für sich allein in Betracht kommt; denn er kann, eben so wie die Furcht, eine andere Natur annehmen, wenn eine besondere Entstehungsweise hinzugedacht wird. Ist nämlich der Irrthum hervorgebracht durch den unredlichen Willen eines Andern, das heißt durch Betrug, so hat dieser Fall eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem des Zwanges. In beiden Fällen findet sich gleiche Unsittlichkeit in der Einwirkung auf Andere; auch wird in beiden recht eigentlich das Rechtsgebiet durch diese Unsittlichkeit gestört. Denn das Wesen des Rechts geht auf selbstständige Entwicklung der Einzelnen in lebendiger Gemeinschaft und Wechselwirkung. Die nothwendige Bedingung aller Gemeinschaft aber ist Wahrhaftigkeit und das durch sie begründete Vertrauen. So wie nun die Selbstständigkeit beeinträchtigt wird durch den Zwang, so das Vertrauen durch den Betrug. Daher kommen beide Arten der Einwirkung auf Andere — Zwang und Betrug — in folgenden Stücken überein. Beide haben eine unsittliche Natur. Beide enthalten an sich kein Unrecht, aber sie grei-

(e) Beylage VIII. Num. XI.

fen störend ein in die nothwendigen Bedingungen menschlicher Lebensgemeinschaft, die in dem Rechtsgebiet Regel und Schutz empfängt. Beide also verdienen gleicherweise, durch das positive Recht als Unrecht anerkannt, verfolgt und bekämpft zu werden.

Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, einen Unterschied zwischen beiden Fällen darin zu setzen, daß der Zwang unbedingt verwerflich ist und eine juristische Gegenwirkung hervorruft, anstatt daß der Irrthum in der Regel ganz gleichgültig ist, und nur durch die Verbindung mit Betrug einen hemmenden Einfluß auf die Willenserklärung erhält. Allein der Schein dieser Verschiedenheit entsteht nur aus dem zufälligen Umstand, daß man von dem Begriff des Zwanges auszugehen pflegt, anstatt von dem der Furcht (§ 114). In jedem der beiden Fälle muß gleich sorgfältig unterschieden werden Dasjenige, was in dem Innern des Handelnden vorgeht, von dem was durch die unsittliche Einwirkung eines Andern hinzutritt. Im Innern des Handelnden finden wir dort die Furcht, hier den Irrthum; beide sind für das Daseyn wahrer Willenserklärung ganz gleichgültig, und ohne Einfluß auf deren Wirksamkeit. Aber beide können eine besondere Natur annehmen, wenn sie in einer unsittlichen Einwirkung von außen ihre Entstehung haben. Dann erscheint die Furcht als Zwang, der Irrthum als Betrug. Hier ist also überall der vollständigste Parallelismus wahrzunehmen.

Bey dem Betrug, wie bey dem Zwang, kann die ge-

naue Darstellung der dagegen geltenden Rechtsmittel nur in dem speciellen Theil des Rechtssystems ihre Stelle finden. Im Allgemeinen lassen sich diese Rechtsmittel auf dieselben Klassen, wie oben bey dem Zwang, zurückführen: dem Betrogenen wird nach Umständen durch Klage, Exception, oder Restitution geholfen, wie er es gerade bedarf (f). Der durchgreifendste Unterschied zwischen Zwang und Betrug liegt darin, daß die dem Gezwungenen gewährte Hülfe auch gegen fremde, schuldlose Personen wirkt (in rem), die des Betrogenen nur gegen den Betrüger und dessen Successoren (in personam) (g). Dabey liegt also die Ansicht zum Grunde, daß in dem Zwang die schlimmere, gefährlichere Störung des Rechtszustandes enthalten ist, vergleichungsweise mit dem Betrug.

So wie es oben (§ 114) bey dem Zwang geschehen ist, müssen auch bey dem Betrug die Bedingungen gleich hier angegeben werden, unter welchen er dem Irrenden Anspruch auf Schutz gegen die Folgen der Willenserklärung geben kann.

Der Ausdruck dolus bezeichnet überall eine unsittliche Verletzung desjenigen Zutrauens, worauf aller menschliche

(f) Bey der Ehe gilt für den Betrug wesentlich dasselbe, was oben (§ 114. g) für den Zwang bemerkt worden ist, nur mit dem Unterschied, daß in jedem Fall der wesentliche Betrug vom unwesentlichen unterschieden werden muß, so daß nur der wesentliche die Ehe vernichtet. Vergl. G. L. Böhmer jus can. § 348. Eichhorn Kirchenrecht II. S. 355. Pufendorf I. obs. 161.

(g) Nämlich gegen die Erben allgemein, gegen die Singularsuccessoren nur mit Einschränkung. Dieses gehört zur genaueren Ausführung.

Verkehr beruht. Dieſer umfaſſende Begriff nun kommt in ſehr verſchiedener Weiſe vor. Zuerſt in verſchiedener Abſtufung, ſo daß er bald den härteſten Tadel in ſich ſchließt (h), bald nur eine mäßige Misbilligung (i). Ferner in verſchiedener Anwendung. Die beſtimmteſten und einflußreichſten Anwendungen des Begriffs ſind dieſe: 1) Abſichtliches Zuwiderhandeln eines Schuldners gegen den Inhalt ſeiner Verpflichtung; dieſes iſt der dolus in Obligationen, wo er als Gegenſatz von culpa und casus erſcheint. 2) Abſichtliche Erzeugung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer Willenserklärung beſtimmt wird; von dieſer Anwendung allein iſt hier die Rede.

In dieſer Anwendung alſo heißt dolus Verfälſchung der Wahrheit, und ſo iſt der Ausdruck gleichbedeutend mit fraus (k). Es muß aber noch hinzugedacht werden die böſe Abſicht, das heißt die welche auf des Gegners Nachtheil gerichtet iſt, ohne Unterſchied ob zugleich eigener Vortheil bezweckt wird oder nicht (l). Dieſen Zuſatz bezeichnen die Römiſchen Juriſten durch den Ausdruck dolus *malus*, im Gegenſatz eines denkbaren dolus bonus in ſolchen

(h) Beſonders ſichtbar tritt dieſes hervor in den vielen Fällen, worin der in Privatrechtsverhältniſſen begangene dolus die Infamie zur Folge hat (§ 77).

(i) So in vielen Fällen der doli exceptio, wo das Unredliche oft nur in der hartnäckigen Rechtsverfolgung liegt, während den Kläger für ſeine bisherigen Handlungen gar kein Tadel trifft. *L.* 2 § 5 *de doli exc.* (44. 4.) „petendo facit dolose." *L.* 36 *de V. O.* (45. 1.) „hoc ipso dolo facit quod petit."

(k) *L.* 1 § 2 *de dolo* (4. 2.), *L.* 7 § 9. 10 *de pactis* (2. 14.), *L.* 43 § 2 *de contr. emt.* (18 1.).

(l) *L.* 39. 40 *de dolo* (4. 3.).

Fällen, worin selbst Gewalt als Selbstvertheidigung erlaubt seyn würde, worin also augenblicklich ein Rechtsverhältniß gar nicht vorhanden ist (m).

In der Regel wird der Betrug durch positive Thätigkeit verübt. Er ist aber auch denkbar durch ein blos leidendes Verhalten, also durch wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben. Dieses letzte jedoch nur unter Voraussetzung eines solchen Vertragsverhältnisses, worin der Andere von uns Offenheit zu erwarten berechtigt ist, so daß hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganze betrachtet werden muß (n).

Die Begriffe von Zwang und Betrug, deren Verschiedenheit und Verwandtschaft hier nur in Beziehung auf die Gültigkeit der Willenserklärungen untersucht worden ist, kommen auch anderwärts in wichtigen und ausgedehnten Anwendungen vor. So in der sehr alten Zusammenstellung von vi, clam, precario in der Lehre vom Besitz (o). Ganz vorzüglich aber bey den aus Delicten entspringenden Obligationen, welche großentheils auf jenen Begriffen beruhen, und nur vermittelst der scharfen Auffassung derselben richtig verstanden werden können. Allerdings ist in diesen anderen Anwendungen weit mehr von absolutem,

(m) *L.* 1 §2. 3 *de dolo* (4. 3.) „sicuti faciunt qui ... tuentur vel sua vel aliena" ... „maxime, si adversus hostem latronemve quis machinetur."

(n) *L.* 43 § 2 *L.* 35 § 8 *de contr. emt.* (19. 1.), *L.* 11 § 5 *de act. emti* (19. 1.).

(o) Nämlich clam und precario sind nur äußerlich verschiedene Anwendungen des dolus bey Entziehung des Besitzes.

als von compulsivem Zwang die Rede. Allein diese beiden Formen des Zwangs oder der Gewalt sind in ihrer unsittlichen Natur und in ihrer Gefährlichkeit für das Rechtsgebiet gar nicht verschieden. Wenn aber in der gegenwärtigen Untersuchung die Rücksicht auf die absolute Gewalt abgelehnt worden ist (§ 114), so geschah dieses nicht wegen einer wesentlich verschiedenen Natur dieser Art der Gewalt selbst, sondern nur weil sie als Veranlassung von Willenserklärungen (von welchen allein hier die Frage war) gar nicht vorkommen kann. Darin ist allerdings zwischen beiden Arten der Gewalt ein Unterschied, daß die absolute meist schon an sich eine unmittelbare Rechtsverletzung in sich schließt, die durch die Gewaltsamkeit oft nur noch eine erhöhte Wirkung erhält, anstatt daß die compulsive Gewalt erst durch das positive Recht zu einer Rechtsverletzung gestaltet wird.

§. 116.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Begriff.

In der Willenserklärung kann der Wille einen eigenthümlichen Character dadurch annehmen, daß er sich selbst beschränkt, und so den Umfang, den er außerdem haben würde, vermindert. Dieses geschieht durch Hinzufügung von Bedingung, Zeit, oder Modus (§ 114). Gemeinschaftliche Quellen für diese Zusätze einer Willenserklärung finden sich in folgenden Titeln:

Dig. XXVIII. 7, XXXV. 1.

Cod. VI. 25. 45. 46, VIII. 55.

Schriftsteller:

Balduinus de conditionibus (Heineccii Jurispr. Rom. et Att. T. 1).

Donellus VIII. 30 — 34 (Legate), XV. 8 — 12 (Verträge).

Die wichtigsten Anwendungen sind die auf Verträge und Testamente, deren jede ihre Eigenthümlichkeiten hat(a). An dieser Stelle wird von solchen besonderen Anwendungen nur Dasjenige ausgehoben werden, welches zur vollständigen Einsicht in die gemeinsame Natur dieser Bestimmungen nöthig ist.

Bedingung (conditio) heißt der Zusatz einer Willenserklärung, welcher das Daseyn eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen, ungewissen Ereigniß auf willkührliche Weise abhängig macht. Die einzelnen Momente dieses

(a) Ich gebrauche hier der Kürze und Anschaulichkeit wegen, den Ausdruck Testament als Repräsentanten jeder Art des letzten Willens, so daß also stets auch der Codicill darunter mit begriffen ist. Übrigens ist die Anwendung der Bedingungen auf den letzten Willen häufiger und mannichfaltiger, als auf die Verträge, und daher auch mehr von den alten Juristen ausgebildet. — Noch weit weniger bedarf es einer Erklärung und Rechtfertigung darüber, daß ich den concreten Ausdruck Vertrag gebrauche, anstatt abstracter von Rechtsgeschäften unter Lebenden zu reden; denn bey Quasicontracten können Bedingungen nicht leicht vorkommen, Pollicitationen aber, ohnehin selten und wenig wichtig, werden hier vielmehr den Legaten ähnlich behandelt. *L.* 13 § 1 *de pollic.* (50. 12.). Sell Versuche II. 107. 110.

Begriffs werden durch die Betrachtung solcher Fälle anschaulich werden, worin eine Bedingung nur dem Schein, nicht dem Wesen nach, vorhanden ist, weil es an einem jener Momente fehlt (b).

Es ist also keine wahre Bedingung, wenn der Eintritt des Ereignisses nicht ungewiß ist, sondern entweder sicher Statt findet, oder sicher unterbleibt (nothwendige oder unmögliche Bedingung). Die Behandlung dieser Fälle wird unten, bey den Wirkungen der Bedingung, angegeben werden (c).

Eben so ist es keine wahre Bedingung, wenn das als Bedingung Ausgedrückte ohnehin schon nothwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses war, so daß die Nothwendigkeit nicht erst auf willkührliche Weise hervorgebracht worden ist. Solche Bedingungen heißen conditiones tacitae, oder quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt (d). Beyspiele sind folgende: Erbeinsetzung unter der Bedingung,

(b) Die unmittelbare Folge ist freylich meist dieselbe, wir mögen es nun als eine Scheinbedingung ansehen, oder als eine wirkliche, aber erfüllte Bedingung. Im Einzelnen aber wird oft der Unterschied wichtig, namentlich da wo überhaupt Bedingungen verboten sind. Aus jener gewöhnlichen Gleichgültigkeit erklärt es sich, wenn unsre Rechtsquellen sich zuweilen so ausdrücken, als wäre es eine wirkliche und erfüllte Bedingung; solche Ausdrücke finden sich in manchen der in Note o angeführten Stellen.

(c) Vgl. § 121 — 124.

(d) *L.* 1 § 3 *de cond.* (35. 1.), *L.* 99 *eod.*, *L.* 25 § 1 *quando dies* (36. 2.), *L.* 68 *de j. dot.* (23. 3.). Man kann die Natur dieses Falles auch so ausdrücken, daß darin die conditio juris zugleich zu einer conditio facti gemacht wird (*L.* 21 *de cond.* 35. 1.). — Über diesen Gegenstand ist zu vergleichen Donellus III. 32 § 2 — 4.

daß der Erbe den Teſtator überlebt; Erbeinſetzung eines extraneus unter der Bedingung, wenn er Erbe ſeyn will; Legat unter der Bedingung, daß der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft antrete; Legat der Früchte eines Landguts, wenn ſolche entſtehen ſollten; Legat unter derſelben Bedingung, woran auch ſchon die ganze Erbeinſetzung geknüpft iſt (weil durch deren Nichterfüllung die Erbeinſetzung, mit dieſer das Teſtament, und mit dieſem das Legat, ohnehin zerfällt); Verſprechen einer Dos unter der Bedingung, daß die Ehe zu Stande kommen wird. — Im Allgemeinen ſind ſolche Bedingungen blos überflüſſige Wiederholungen Desjenigen, was ohnehin gilt, alſo unſchädlich, aber auch unnütz und wirkungslos (e). In den meiſten Anwendungen wird dabey nicht einmal ein Zweifel möglich ſeyn. Von Erheblichkeit iſt der Satz nur bey Legaten, bey welchen der Zeitpunkt wichtig iſt, den der Legatar erlebt haben muß, damit das Legat auf ſeine Erben übergehen könne (dies legati cedit). Dieſer Zeitpunkt iſt in der Regel der Tod des Teſtators, bey bedingten Legaten aber die Erfüllung der Bedingung (f). Da jedoch die hier erwähnten Bedingungen gar nicht wahre Bedingungen ſind, ſo wird durch ſie das Legat nicht zu einem bedingten, ſo daß ungeachtet derſelben der unwiderrufliche Erwerb ſchon mit dem Todestag des Teſtators eintritt (g). Darin liegt alſo

(e) „frustra adduntur." *L.* 12 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 47 *de cond.* (35. 1.).

(f) *L.* 1 § 1. 8 *C. de caducis toll.* (6. 51.).

(g) *L.* 99. 107 *de cond.* (35. 1.), *L.* 21 § 1 *L.* 22 § 1 *L.* 25 § 1 *quando dies* (36. 2.). — An-

zwar auch nur eine Anerkennung der aufgeſtellten allgemeinen Regel; ſie iſt aber inſofern erheblich, als dieſe einzelne Anwendung leicht verkannt werden könnte. — Anders verhält es ſich nur bey denjenigen Willenserklärungen, für welche der Zuſatz einer Bedingung durch eine poſitive Rechtsregel unterſagt iſt. Hier ſind auch jene Bedingungen nicht als wirkungslos anzuſehen, vielmehr vernichten ſie die ganze Beſtimmung, welcher ſie als Zuſätze beygefügt ſind, ſo daß alſo in dieſer Beziehung die ganz poſitive Regel gilt: Expressa nocent, non expressa non nocent (h). Beyſpiele ſind dieſe. Der Vater hat die Wahl, ſeinen Sohn einzuſetzen oder zu enterben, nur darf die Enterbung keine bedingte ſeyn (i); wenn nun der Vater den Sohn enterbt, unter der Bedingung, daß der eingeſetzte einzige Erbe die Erbſchaft antrete, ſo ſagt er eigentlich etwas Überflüſſiges (da bey dem Nichtantritt das ganze Teſtament zerfällt), dennoch iſt eine ſolche Enterbung ungültig (k).

ders iſt es z. B. bey einem Legat unter der Bedingung: si volet legatarius, weil nun eine Willenserklärung des Legatars erfordert wird, die ſich nicht von ſelbſt verſteht, da vielmehr andere Legate ohne Zuthun des Legatars erworben werden. *L.* 65 § 1 *de leg.* 1 (30. 1.), *L.* 69 *de cond.* (35. 1.). Hier iſt alſo jener Zuſatz eine wahre und wirkſame Bedingung. Nicht ſo in der ſcheinbar ähnlichen Beſtimmung bey einem Fideicommiß „cum ipsi petissent sine ulla juris cavillatione," welches nur als Einſchärfung der unverzüglichen, unweigerlichen Entrichtung, nicht als Bedingung gemeynt iſt. *L.* 85 *de cond.* (35. 1.), ſ. § 117. b.

(h) *L.* 195 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 68 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 47 *in f. de cond.* (35. 1.).

(i) *L.* 3 § 1 *de lib. et posth.* (28. 2). Der Grund liegt darin, daß der Sohn für den der Bedingung entgegengeſetzten Fall präterirt ſeyn würde.

(k) *L.* 68 *de her. inst.* (28. 5.).

Die Acceptilation kann bey einer bedingten Stipulation natürlich nur dann wirken, wenn die Bedingung eintritt, weil sonst gar keine Schuld vorhanden ist (l); die Acceptilation selbst aber darf durch keine Bedingung beschränkt werden (m). Wenn nun der Acceptilation dieselbe Bedingung hinzugefügt wird, die auch schon in der Stipulation stand, so ist das eigentlich nur eine müßige Wiederholung des ohnehin Gültigen; dennoch ist eine so gefaßte Acceptilation schlechthin ungültig (n). — Diese letzte Bestimmung ist unstreitig sehr subtil, und opfert unverkennbar das Wesen der Form auf; im heutigen Recht wird dazu bey Verträgen ohnehin keine Anwendung möglich seyn, da wir keine Acceptilation in Römischer Form haben; und auch bey Enterbungen möchten gegen die Anwendbarkeit Bedenken eintreten, die jedoch hier noch nicht klar gemacht werden können.

Ferner ist es keine wahre Bedingung, wenn das Ereigniß schon nach dem gebrauchten Ausdruck nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit oder Gegenwart fällt (in praeteritum vel praesens *collata, relata, concepta* conditio), z. B. wenn Titius im vorigen Jahr Consul war, oder: wenn Titius gegenwärtig Consul ist. Eine solche Bestimmung ist stets wirksam, und zwar im Ganzen auf dieselbe Weise, wie wenn es eine Bedingung wäre, so daß also die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ganz von dem Da-

(l) *L.* 12 *de acceptil.* (46. 4.). (n) *L.* 77 *de R. J.* (50. 17.).
(m) *L.* 4 *de acceptil.* (4 6 . 4.).

ſeyn oder Nichtdaſeyn der als Bedingung ausgedrückten Thatſache abhängt. Dennoch iſt es durchaus nicht Bedingung, ſondern das Rechtsgeſchäft iſt ein unbedingtes, da alle Ungewißheit nur für das Bewußtſeyn des Urhebers beſteht, in der Sache ſelbſt aber Alles bereits völlig entſchieden iſt, und als ſolches auch durch den gebrauchten Ausdruck anerkannt wird (o). Praktiſch wichtig iſt die Unterſcheidung dieſes Falles von dem Fall wahrer Bedingung in zwey Beziehungen. Erſtlich wird dadurch die Gültigkeit derjenigen Geſchäfte, in welchen Bedingungen überhaupt verboten ſind, nicht gefährdet (p). Zweytens wenn eine ſolche Beſtimmung einer Erbeinſetzung oder einem Legat hinzugefügt wird, und ſich nun als deficirend erweiſt, könnte man geneigt ſeyn, ſie einer unmöglichen Bedingung zu vergleichen, und deshalb als nicht geſchrieben zu behandeln; dieſes darf jedoch nicht gelten, eben deswegen, weil es überhaupt keine Bedingung iſt (§ 121. p).

Von dieſem Fall iſt aber noch der zu unterſcheiden, da das Ereigniß als ein künftiges gedacht und ausgedrückt wird, jedoch zur Zeit des Rechtsgeſchäfts ohne Wiſſen

(o) *L.* 16 *de injusto* (28. 3.), *L.* 3 § 13 *de bonis lib.* (38. 2.), *L.* 10 § 1 *de cond. inst.* (28. 7.) (bey Teſtamenten). — § 6 *J. de verb. oblig.* (3. 15.), *L.* 37. 38. 39 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 100. 120 *de verb. oblig.* (45. 1.) (bey Verträgen).

(p) Wenn alſo ein Vater ſeinen Suus unter der Bedingung, wenn jetzt Titius Conſul iſt, zum Erben einſetzt, und Titius iſt wirklich Conſul, ſo iſt die Erbeinſetzung gültig, obgleich es ſcheinbar eine nichtpoteſtative Bedingung war. Iſt freylich Titius nicht Conſul, ſo iſt der Sohn präterirt, und das Teſtament iſt nichtig.

des Urhebers desſelben, bereits eingetreten oder vereitelt iſt. Dieſer Fall unterſcheidet ſich von dem vorigen durch die Abſicht des Urhebers, die auf eine wahre Bedingung gerichtet iſt. Iſt das Ereigniß eingetreten, ſo wird dadurch dennoch dasjenige Rechtsgeſchäft, in welchem Bedingungen verboten ſind, ungültig: iſt es dagegen vereitelt, und iſt das Rechtsgeſchäft eine teſtamentariſche Verfügung, ſo gilt die Bedingung einer unmöglichen gleich, folglich als nicht geſchrieben (§ 121.).

§. 117.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Arten.

Es ſind jetzt die verſchiedenen Gegenſätze zu betrachten, die mit dem allgemeinen Begriff der Bedingung vereinbar ſind, das heiſt die Eintheilungen dieſes Gattungsbegriffs.

A. Sehen wir auf die logiſche Form der bedingenden Thatſache, ſo beſteht dieſe entweder in einem Seyn oder Nichtſeyn (poſitive, negative Bedingung).

B. Die Urſache ferner, wovon der Eintritt der Bedingung abhängt, kann enthalten ſeyn in der menſchlichen Freyheit oder der Natur; und, wenn wir dieſen Gegenſatz mit dem vorigen in Verbindung ſetzen, ſo können alle Bedingungen beſtehen in einem Handeln oder Unterlaſſen, ſo wie in dem Eintreten oder Unterbleiben eines zufälligen, von menſchlichem Willen unabhängigen, Ereigniſſes. — Dieſe Unterſcheidung wird eben ſo von den Römiſchen

Juriſten anerkannt. Nur waren ſie von jeher gewohnt, die freyen Handlungen in zwey Klaſſen, dare und facere, zu ſondern, und ſo nehmen ſie, durch Zuziehung dieſes untergeordneten Gegenſatzes, drey Arten der Bedingungen an (a).

Die in der Freyheit beruhenden Bedingungen bedürfen jedoch noch einer genaueren Betrachtung. Es kann nämlich die Erfüllung abhängen von der freyen Handlung Desjenigen, der in dieſem Rechtsverhältniß lediglich als Berechtigter erſcheint; oder Desjenigen, der darin Verpflichteter iſt (mag er auch daneben, in anderer Hinſicht, berechtigt ſeyn); oder endlich von der freyen Handlung eines unbetheiligten Dritten.

1) Beruht die Erfüllung auf der Freyheit des in dieſem Rechtsverhältniß ausſchließend Berechtigten, z. B. des Stipulators, des ernannten Erben oder Legatars, ſo wird dadurch niemals das Rechtsverhältniß ſelbſt ungültig. Allerdings iſt oft die Bedingung ſelbſt überflüſſig und wirkungslos, wenn ſie nämlich auf ein bloßes Wollen gerichtet iſt (si velit), und es ſich ohnehin von ſelbſt verſteht, daß das Recht nur durch den Willen erworben oder ausgeübt werden kann. So z. B. iſt die Erbeinſetzung eines freywilligen Erben (extraneus) unter der Bedingung si

(a) *L.* 60 *pr. de cond.* (35. 1.). „In facto consistentes conditiones varietatem habent, et quasi tripartitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat: vel retro ne detur, ne fiat, ne obtingat: Ex his dandi faciendique conditiones in personas collocantur aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum; tertia species in eventu ponetur."

velit in der That eine unbedingte (§ 116); eben so die Stipulation mit dem Zusatz cum petiero, da es sich ohnehin von selbst versteht, daß es von der Willkühr des Stipulators abhängt, sein Recht geltend zu machen oder nicht (b).

Anders ist es bey solchen Rechten, die außerdem ihrer Natur nach ohne Willenserklärung erworben werden, und deren Erwerbung daher durch die Bedingung si velit allerdings modificirt wird; dahin gehört die Erwerbung von Legaten (§ 116. g.), so wie die Erwerbung der Erbschaft von Seiten eines eingesetzten unfreywilligen Erben, z. B. eines Suus (c).

Eben so ist es anders, ohne Unterschied der Rechte und ihrer regelmäßigen Erwerbung, wenn die Bedingung nicht auf den bloßen Willen an sich selbst (si velit) gestellt ist, sondern auf irgend eine äußere Handlung, z. B. si Capitolium ascenderit. Denn wenngleich diese Handlung ganz von dem Willen abhängig seyn kann, auch vielleicht als ganz gleichgültig erscheint, so daß man geneigt seyn könnte, sie blos als einen veränderten Ausdruck des si velit anzusehen, so ist dabey doch immer ein materielles

(b) *L.* 48 *de verb. oblig.* (45. 1.). Es ist, den Worten nach, ein dies, der nur der Ungewißheit wegen zu einer Bedingung wird (§ 125). Hier hat ihn aber der Stipulator nicht als Bedingung gemeynt, sondern er wollte die augenblickliche Leistung, sobald nur gefordert würde, einschärfen. Wäre es eine auf die persönliche Handlung des Stipulators gestellte Bedingung, so würde diese durch den Tod des Stipulators vereitelt werden, welches nun nicht geschieht. Vergl. § 116. g.

(c) *L.* 86 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 12 *de cond. inst.* (28. 7.).

Interesse der Betheiligten wenigstens denkbar, und sie gilt und wirkt daher stets als wahre Bedingung (d).

Für diese Art der Bedingungen, die ganz auf der Freyheit des künftigen Berechtigten beruhen, kommt in der besondern Anwendung auf Legate der Ausdruck potestativae vor, so daß hiernach alle Bedingungen in dieser Anwendung eingetheilt werden in casuales, potestativae, mixtae (e). Wichtig ist der Begriff solcher Potestativbedingungen bey der Erbeinsetzung des Suus filius, die nur unter einer reinen Potestativbedingung gültig geschehen kann (f). Dabey wird nun die nähere Bestimmung gegeben, es solle die Natur der Potestativbedingung aus den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles beurtheilt werden (g).

(d) Bey Testamenten liegt das Interesse schon darin, daß der Erbe oder Legatar durch Erfüllung der Bedingung seinen Gehorsam gegen den Willen des Testators beweist.

(e) *L. un.* § 7 *C. de caducis toll.* (6. 51.). In anderen Stellen heißt es stets conditio quae est in potestate ipsius. Auch außer den Rechtsquellen scheint das Wort potestativus nur in einer einzigen Stelle bey Tertullian vorzukommen. — Das Französische Gesetzbuch hat diese Terminologie auch, giebt ihr aber eine abweichende Bedeutung. Art. 1169 — 1171.

(f) *L.* 4 *pr. de her. inst.* (28. 5.), *L.* 4 *C. de inst. et subst.* (6. 25.).

(g) *L.* 4 § 1 *L.* 5 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 28 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 4 *C. de inst. et subst.* (6. 25.). — Aus diesen Stellen erhellt, daß auch schon die ungewöhnliche Schwierigkeit und Gefährlichkeit der Erfüllung der Natur einer Potestativbedingung im Wege steht (ganz nach der in *L.* 137 § 2 *de V. O.* 45. 1 angewendeten Ansicht), so daß es also nur darauf ankommt, ob der gute, kräftige Wille eines besonnenen Menschen die Erfüllung bewirken konnte. Ohnehin ist eigentlich nur eine negative Bedingung schlechthin potestativ, da den Entschlossenen keine menschliche Gewalt zum Handeln zwingen kann. Die leichteste positive Handlung dagegen (z. B. si Capitolium ascen-

2) Beruht die Erfüllung auf einer freyen Handlung Desjenigen, der in diesem Rechtsverhältniß als verpflichtet erscheint (mag er nun auch von seiner Seite Rechte haben oder nicht), so gelten folgende Regeln.

Ist die Bedingung gestellt auf das bloße Wollen an sich (si velit), so wird dadurch das Daseyn eines Rechtsverhältnisses überhaupt gänzlich ausgeschlossen. Dieses gilt zunächst bey einseitigen Verpflichtungen, wenn in einer Stipulation der Schuldner unter jener Bedingung Etwas verspricht (h). Eben so aber auch, wenn bey einem Kauf der Käufer oder der Verkäufer diese reine Willkühr sich vorbehält; denn er selbst ist dann ja zu gar Nichts verpflichtet, woraus aber, wegen der in diesem Vertrag liegenden Gegenseitigkeit, nothwendig folgt, daß auch der Gegner nicht verpflichtet seyn kann (i). Auch verhält es sich nicht anders mit einem Legat, welches dem Erben unter der Bedingung seiner Einwilligung auferlegt wird (k).

derit) kann wenigstens durch fremde Gegenwirkung unmöglich gemacht werden, z. B. wenn der so eingesetzte Erbe gefangen gehalten wird.

(h) *L.* 17 *L.* 46 § 3 *L.* 108 § 1 *de verb. oblig.* (45. 1.), *L.* 7 *pr. de contr. emt.* (18. 1.). — Das Preußische A. L. R. Th. 1 Tit. 4 § 108 hat wesentlich denselben Satz. Der Französische Code civil art. 1174 giebt demselben einen viel zu weit gehenden Ausdruck, wodurch namentlich alle Conventionalstrafen ausgeschlossen seyn würden.

(i) *L.* 7 *pr. de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 13 *C. eod.* (4. 38.) — Es ist eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel, daß der Kauf ad gustum, also auf einseitige (jedoch nur die Güte der Sache betreffende) Willkühr des Käufers geschlossen werden kann. *L.* 34 § 5 *de contr. emt.* (18. 1.), § 4 *J. de emtione* (3. 23.).

(k) *L.* 43 § 2 *de leg.* 1 (30. un.). „*Legatum in* aliena *voluntate poni* potest, in *heredis non potest.*" (Vgl. jedoch unten

Anders wenn die Bedingung auf eine äußere Handlung des Verpflichteten gestellt ist, wenngleich diese ganz von der Willkühr abhängen mag. So waren also zu allen Zeiten die höchst wichtigen Conventionalstrafen gültig, deren Wirksamkeit lediglich auf diesem Grunde ruht. Das legatum poenae nomine freylich war im älteren Recht nicht gültig (l), und erst Justinian hat dasselbe zugelassen (m). Das lag aber nicht an der allgemeinen Natur einer Bedingung von der oben beschriebenen Art, sondern daran, daß man es für unwürdig hielt, den Schein der Liberalität (die ja das Wesen des Legats ausmacht) anzunehmen, da wo blos auf den Willen des Erben durch die Drohung eines Geldverlustes gewirkt werden sollte (n). Daher wäre es ganz irrig, jede von dem bloßen Willen des Erben abhängige Bedingung stets für ein legatum poenae nomine zu halten. Dieses hieng vielmehr ganz von der individuellen Prüfung der Absicht ab (o), und fand es sich, daß

Note t). *L.* 11 § 7 *de leg.* 3 (32. un.). — Waren unbestimmtere Ausdrücke gebraucht, z. B. si aestimaverit, si justum putaverit, so legte man diese als nichtssagende Höflichkeit gegen den Erben aus (nicht als Bedingung), und erhielt so das Legat aufrecht. *L.* 75 *pr. de leg.* 1 (30. un.), *L.* 11 § 7 *de leg.* 3 (32. un.). Noch leichter wurde es hierin mit den Fideicommissen genommen. *L.* 46 *pr.* § 3. 4 *de fideic. lib.* (40. 5.), deren Ausdrücke allerdings etwas schwankend sind.

(l) Gajus Lib. 2 § 235, Ulpian. XXIV. 17, XXV. 13.

(m) *L. un. C. de his quae poenae* (6. 41.), § 35. 36 *J. de legatis* (2. 20.).

(n) Göschen observ. jur. Rom. Berolini 1811. 8. p. 52—59.

(o) *L.* 2 *de his quae poenae* (34. 6.). „Poenam a conditione *voluntas testatoris separat*, et an poena, an conditio .. sit, *ex voluntate defuncti apparet.*"

dieſe Abſicht nicht vorzugsweiſe auf eine Bedrohung des Erben gieng, ſo war die von dem Willen des Erben abhängige Bedingung auch ſchon nach dem älteren Rechte gültig (p).

3) Beruht endlich die Erfüllung der Bedingung auf der freyen Handlung eines Dritten, ſo ſind die Verträge von den Teſtamenten zu unterſcheiden.

Die Gültigkeit eines Vertrags von der bloßen Einwilligung eines Dritten abhängig zu machen, hat nicht das geringſte Bedenken, da Derſelbe ein mögliches Intereſſe haben kann, den Vertrag zu verhindern, welches beide Theile zu ſchonen geneigt ſeyn möchten.

Anders bey Erbeinſetzungen und Legaten, in welchen der Teſtator gewiſſermaßen als Geſetzgeber auftritt (q). Dieſer ſoll aus eigner Ueberzeugung von der Würdigkeit der durch ihn bedachten Perſonen verfügen, und nicht fremden Willen walten laſſen. Daher iſt die Erbeinſetzung und das Legat ungültig, wenn dieſelben von dem bloßen Willen eines Dritten abhängig gemacht werden (r). Bey Fideicommiſſen fällt jener, in der formellen Stellung des Teſtators liegende Grund weg, und daher können ſie auch

(p) *L.* 3 *de leg.* 2 (31. un.), in welcher daher keine Interpolation vorauszuſetzen iſt, wie denn auch keine Spur einer ſolchen erſcheint.

(q) Ulpian. XXI. und XXIV. 1.

(r) *L.* 68 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 52 *de cond.* (35. 1.). — Manche glauben, dieſe Regel ſey aufgehoben in *C.* 13 X. *de test.* (3. 26.). Dieſe Meynung iſt aber gründlich widerlegt in der Anmerkung von Böhmer zu dieſer Stelle. Vergl. Sell Verſuche II. 290.

geradezu von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden (s). — Besteht dagegen die Bedingung in einer materiellen Handlung jenes Dritten, so ist sowohl die Erbeinsetzung oder das Legat selbst, als auch die hinzugefügte Bedingung, völlig gültig (t).

Fassen wir alle diese Bestimmungen in einem gemeinsamen Ueberblick zusammen, so ergiebt sich, daß in den meisten Fällen die auf den bloßen Willen (eines Betheiligten oder eines Dritten) gestellte Bedingung entweder selbst wirkungslos ist, oder das ganze Rechtsgeschäft ungültig macht. Dagegen ist, wiederum in den meisten Fällen, die Bedingung gültig und wirksam, wenn sie auf eine materielle Handlung gerichtet ist, mag auch diese lediglich von der Willkühr der Person abhängen, und vielleicht nur dazu dienen, jene beschränkende Rechtsregel zu umgehen (Note t). Auch in dieser Beziehung also gilt der oben (§ 116) in

(s) *L.* 46 § 2 *de fid. lib.* (40. 5.). Consequent wäre es gewesen, dieses freye Recht der Fideicommisse auch auf die Erbeinsetzung auszudehnen, nach *L.* 15 *C. de test.* (6. 23.), allein die in die Digesten aufgenommenen Stellen (Note r) stehen entgegen. Dagegen müssen wir es wohl auf Legate anwenden, weil zwischen diesen und Fideicommissen aller Unterschied gänzlich aufgehoben ist.

(t) *L.* 68 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 52 *de cond.* (35. 1.). Wesentlich dasselbe sagt auch *L.* 1 *pr. de leg.* 2 (31. un.), die nur darauf aufmerksam macht, daß der Testator durch eine solche indirecte Form das gesetzliche Verbot leicht umgehen könne. Das war aber unvermeidlich, wenn nicht über Gebühr die Willensfreyheit beschränkt werden sollte, da der als Bedingung vorgeschriebenen Handlung des Dritten nie mit Sicherheit anzusehen ist, ob sie um eines materiellen Interesse willen, oder zum Zweck jener Umgehung, gewählt wurde.

einem andern Sinn gebrauchte Ausſpruch: Expressa nocent, non expressa non nocent (u).

C. Die wichtigſte Eintheilung der Bedingungen betrifft die Art der Einwirkung, die ſie auf das Rechtsverhältniß haben ſollen; es iſt die Eintheilung in ſuspenſive und reſolutive, welche weiter unten (§ 120) dargeſtellt werden wird.

§. 118.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Erfüllung.

Bey der Unterſuchung, wie eine Bedingung gemeynt ſey, worin alſo regelmäßig ihre Erfüllung beſtehen müſſe, iſt überall auf die Abſicht des Urhebers der Bedingung, mehr als auf den wörtlichen Ausdruck, zu ſehen (a).

(u) *L.* 52 *de cond.* (35. 1.), *L.* 195 *de R. J.* (50. 17.) (die aus jener Stelle excerpirt iſt), *L.* 68 *de her. inst.* (28. 5.). — Am meiſten Gleichförmigkeit findet ſich hierin bey den Teſtamenten, in welchen (mit Ausnahme des alten Verbots der legata poenae nomine) Nichts darauf ankommt, ob die Bedingung auf die freye Handlung des Berechtigten, des Verpflichteten, oder eines Dritten geht. In dieſen drey Fällen nämlich iſt der als Bedingung ausgedrückte bloße Wille meiſt entweder wirkungslos, oder für die Verfügung ſelbſt vernichtend. Dagegen iſt die materielle freye Handlung als Bedingung wirkſam. Dieſer behaupteten Gleichheit der drey Fälle ſcheint zu widerſprechen *L.* 43 § 2 *de leg.* 1 (30. un), ſ. oben Note k. Ohne Zweifel entſteht dieſer Schein aus der Weglaſſung eines urſprünglichen Theils der Stelle, welche durch das veränderte Recht der legata poenae nomine veranlaßt ſeyn dürfte.

(a) *L.* 19 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 101 *pr. eod.* „... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat" ... Was hier von Teſtamenten geſagt iſt, ſoll gewiß auch von Verträgen

Bey positiven Bedingungen (§ 117. A.) kann die Natur des darin geforderten Ereignisses verschieden seyn. Ist dieses von solcher Art, daß es sich nicht oft und leicht wiederholt, so ist es genug, daß es irgend einmal geschehe, also bey Testamenten auch wenn es während des Lebens des Testators geschieht, z. B. „wenn der Erbe heurathet," „wenn er Consul wird". Nur wenn es schon vor dem Testament geschah, und der Testator dieses weiß, ist eine spätere Wiederholung erforderlich. — Bey solchen Ereignissen dagegen, deren Natur eine öftere und willkührliche Wiederholung zuläßt, z. B. Zahlung einer bestimmten Summe an eine bestimmte Person (conditio promiscua), ist die Vollziehung der Handlung nach des Testators Tod (als Beweis des Gehorsams) nöthig, selbst wenn dieselbe Handlung zufällig schon früher einmal geschehen seyn sollte (b).

Bey Verträgen ist es gleichgültig, ob die Erfüllung vor oder nach dem Tode des Glaubigers eintritt, so daß das bedingte Recht stets auf die Erben übergeht (c). Anders bey Testamenten, wegen der höchst persönlichen Natur der darin enthaltenen Successionen, so daß der bedingte Erbe oder Legatar die Erfüllung der Bedingung erleben muß, wenn diese überhaupt Etwas wirken soll (d).

gelten, nur mit Ausnahme der Stipulation, die wir aber nicht mehr haben.

(b) *L.* 11 *pr.* § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 45 § 2 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 7 *C. de inst. et subst.* (6. 25.).

(c) § 4 *J. de verb. oblig.* (3. 15.).

(d) *L.* 1 § 1. 2 *de cond.* (35. 1.), *L. un.* § 7 *C. de caducis toll.* (6. 51.). Darum eben ist es so wichtig, die wahren von den Scheinbedingungen zu unterscheiden (§ 116). — Sogar wird

Negative Bedingungen (§ 117. A.) können auf folgende verſchiedene Arten in Erfüllung gehen.

Zuerſt (wenn ſie auf eine beſtimmte Zeit beſchränkt ſind), ſobald dieſe Zeit abgelaufen iſt, ohne daß darin das Ereigniß eingetreten war.

Ferner dadurch, daß das Ereigniß unmöglich wird, z. B. indem der Sklave ſtirbt, deſſen Nichtfreylaſſung die Bedingung eines Rechts war.

Endlich durch den Tod des Berechtigten, ohne daß Derſelbe die ihm durch die Bedingung unterſagte Handlung vorgenommen hat (e). Zur Erleichterung der Erben und Legatare, deren Recht an eine negative Bedingung gebunden iſt, wird die Muciana cautio zugelaſſen, wodurch ſie ſogleich in den Genuß der ihnen zugedachten Rechte durch Stellung einer Caution gelangen können, indem dieſe die Rückgabe des Empfangenen für den Fall künftiger Verletzung der Bedingung ſichert (f).

einmal die Benennung creditor dem bedingten Legatar abgeſprochen, dem bedingten Stipulator beygelegt (*L.* 42 *pr. de O. et A.* 44. 7.); jedoch iſt ſie auch bey dieſem letzten nur in beſchränkten Beziehungen zuzulaſſen.

(e) Gewöhnlich alſo hat eine negative Bedingung dieſelbe Wirkung, wie wenn es hieße: zur Zeit des Todes. § 4 *J. de verb. oblig.* (3. 15.), *L.* 73 *de cond.* (35. 1.). — Vgl. *L.* 103 *de cond.* (35. 1.), *L.* 61 *pr. de manum. test.* (40. 4.).

(f) *L.* 7 *L.* 73 *de cond.* (35. 1.).

§. 119.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Fingirte Erfüllung (a).

In drey Fällen wird, vermittelst einer Fiction, die unerfüllte Bedingung als erfüllt angesehen und behandelt; der Grund dieser Fiction liegt wiederum in der schon oben (§ 118. a.) erwähnten Regel einer freyen, auf Billigkeit gegründeten, Auslegung und Anwendung der Bedingungen. Zwey dieser Fälle werden schon in den Rechtsquellen aus ursprünglichen und natürlichen Regeln abgeleitet; sie sind auf Verträge und Testamente gleich anwendbar, wiewohl die häufigste Anwendung allerdings bey Testamenten vorkommt. Die Fiction für den dritten Fall wird dagegen als eine ganz positive Rechtsregel dargestellt, sie ist entsprungen aus der Begünstigung der Freylassungen, und nur anwendbar bey Testamenten. Es ist wichtig, die drey Regeln über diese Fictionen gerade in dem hier angegebenen Verhältniß zu einander aufzufassen, welches von neueren Schriftstellern öfter vernachlässigt worden ist.

A. Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung berechnet ist, darauf freywillig verzichtet. Man kann dieses so ausdrücken: quotiens per eum, *cujus interest conditionem impleri*, fit quo minus impleatur (b). Dieser Satz wird dem jus commune

(a) Vgl. Donellus VIII. 34.

(b) *L.* 5 § 5 *quando dies* (36. 2.), *L.* 78 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 14. 31 *eod.*, *L.* 23 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 11 *eod.*, *L.* 34 § 4 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 1 *C. de his quae sub modo* (6. 45.); Ulpian. II. § 6 „.. si is, cui jus-

zugeschrieben, und er gründet sich offenbar darauf, daß der Zweck erreicht ist, die in der Bedingung vorgeschriebene Handlung mag wirklich geschehen, oder von jener Person, auf welche dabey allein gesehen war, erlassen, also für überflüssig erklärt werden. Besonders einleuchtend ist Dieses bey einer auf ein Geben gerichteten Bedingung; denn wollte man hier auch auf der buchstäblichen Vollziehung, ungeachtet des Verzichts, bestehen, so würde doch den Empfänger Nichts abhalten können, das empfangene Geld sogleich wieder zurück zu geben. Allein der Satz ist keinesweges auf diesen, besonders unzweifelhaften, Fall eingeschränkt; vielmehr gilt er auch bey der Bedingung, eine bestimmte Frau zu heurathen, wenn Diese die Ehe ausschlägt (c): eben so bey der Bedingung der Arrogation, die der zu Arrogirende verweigert (d), oder der öffentlichen Aufstellung von Bildsäulen, die von der Stadtgemeinde nicht zugelassen wird (e).

Überall wird also bey dieser Fiction eine mixta conditio (§ 117. e.) vorausgesetzt, deren Erfüllung durch den Willen einer bestimmten Person (nicht durch zufällige Umstände) verhindert wird (f). Unter dieser Voraussetzung

sus est dare .. *nollet accipere.*" — Das Preußische A. L. R., Th. 1 Tit. 4 § 112. 113 bestimmt gerade das Gegentheil von dieser Regel.

(c) *L.* 23 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 31 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 *C. de his quae sub modo* (6. 45.).

(d) *L.* 11 *de cond. inst.* (28. 7.).

(e) *L.* 14 *de cond.* (35. 1.).

(f) Wenn also die Bedingung der Ehe mit einer bestimmten Frau deswegen unerfüllt bleibt, weil diese Frau die Ehe versagt, so gilt sie als erfüllt: wenn dagegen durch den früheren Tod der Frau die Ehe unmöglich ist, so tritt die Fiction nicht ein, und das Legat ist verloren. Eben so in

aber muß der Satz bey Verträgen ebensowohl gelten, als bey Testamenten, und es ist daher als ganz zufällig anzusehen, daß in unseren Rechtsquellen nur bei Testamenten Erwähnung davon geschieht; dieses mag daher entstehen, daß bey Verträgen diese Fiction fast immer mit der folgenden zweyten zusammen fallen wird, so daß sie dann in ihrer Eigenthümlichkeit nicht wahrzunehmen ist.

B. Die Bedingung gilt ferner als erfüllt, wenn Derjenige die Erfüllung verhindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht. Unsre Rechtsquellen selbst drücken diesen Satz so aus: Jure civili receptum est, quotiens per eum, *cujus interest conditionem non impleri*, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset (g).

anderen, ähnlichen Fällen. *L.* 31 *L.* 94 *pr. de cond* (35. 1.), *L.* 23 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 72 § 7 *de cond.* (35. 1.), *L.* 4 *C. de cond.* (6. 46.).

(g) *L.* 161 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 24 *de cond.* (35. 1.), *L.* 85 § 7 *de verb. oblig.* (45. 1.), *L.* 50 *de contr. emt.* (18. 1.) — *L.* 5 § 5 *quando dies* (36. 2.), *L.* 66. 81. 110 *de cond.* (35. 1.). *L* 3, *L.* 4 § 4, *L.* 20, *L.* 23 § 1, *L.* 34 § 1 *de statulib.* (40. 7.), *L.* 3 § 9 *de cond. causa data* (12. 4.). — Ulpian. II. § 5, Festus v. Statuliberi. — Die zwey ersten unter den hier angeführten Stellen sind fast ganz wörtlich gleichlautend. In der ersten ist die Lesart *non* impleri sicher, in der zweyten (*L.* 24. *de cond.*) lesen die Handschriften theils *non* impleri, theils (wie die Flor.) impleri (ohne non). Nach dieser letzten Lesart würde die Stelle nicht auf die zweyte, sondern auf die erste Fiction gehen, und ihr Inhalt wäre dann ein anderer, aber nicht minder wahr und gewiß. Jedoch entscheidet für die Lesart *non* impleri nicht nur die übrigens wörtliche Übereinstimmung beider Stellen, sondern auch das am Schluß angeführte Beyspiel von dem die Erfüllung verhindernden promissor; denn dieses Beyspiel paßt nur zu *non* impleri, das heißt zu der zweyten Fiction, da man von dem promissor nur sagen kann, daß er durch die Nichterfüllung allgemein Vortheil habe (nämlich nicht Schuldner werde), anstatt daß er durch die Erfüllung gar nicht immer Vortheil

Auch dieſe Fiction wird als eine natürliche Regel betrachtet. Der Grund derſelben liegt in dem Dolus Desjenigen, der aus Eigennutz den durch die Willenserklärung in die Bedingung gelegten Charakter der Zufälligkeit und Ungewißheit aufhebt; dieſer Dolus ſoll ihm keinen Vortheil bringen (h).

Sie gilt nicht blos bey Bedingungen, die auf freyen Handlungen beruhen, ſondern auch bey der casualis conditio, da bey dieſer ein poſitives Entgegenwirken durch menſchliche Willkühr wohl denkbar iſt.

Die Perſon, durch deren hindernde Einwirkung die Fiction begründet wird, iſt oft dieſelbe, welche in der erſten Fiction erwähnt war (i), oft auch eine andere (k).

hat, ſondern nur in dem beſonderen Fall, da die Bedingung gerade in einer an ihn zu entrichtenden Leiſtung beſteht. — Derſelbe Rechtsſatz findet ſich auch in dem Franzöſiſchen Code civil art. 1178, und in dem Preußiſchen A. L. R. Th. 1 Tit. 4 § 104—107 (doch hier mit Beſchränkungen).

(h) Die hierauf gerichtete Abſicht alſo iſt das Entſcheidende. *L.* 38 *de statulib.* (40. 7.). „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta conditione cedit: sed id dumtaxat, *quod impediendae libertatis* (*causa*) *factum est.*" Das Wort causa fehlt zwar in der Flor., ſteht aber in allen anderen Handſchriften, und iſt ſchon durch die Conſtruction ganz unentbehrlich. — In vielen Fällen wird von einem ſolchen Dolus gar nicht die Rede ſeyn können, und dann wird auch nicht die Erfüllung fingirt. So z. B. wenn Einer unter einer Conventionalſtrafe eine Unterlaſſung verſpricht, und nun wirklich unterläßt, ſo iſt blos ſein freyer Wille Urſache der vereitelten Bedingung der Strafe; dennoch braucht er nicht die Strafe zu zahlen, weil ſein Unterlaſſen gerade der Zweck des Vertrags war.

(i) So z. B. wenn der Teſtator einen Sklaven frey läßt, unter der Bedingung dem Erben 100 zu zahlen. Verweigert der Erbe die Annahme, weil er dem Sklaven die Summe erlaſſen will, ſo tritt die erſte Fiction ein: verweigert er die Annahme, um die Freyheit zu hindern, die zweyte.

(k) So z. B. wenn die Bedin-

Diese Fiction endlich gilt nicht nur bey Testamenten, sondern auch bey Verträgen, und diese zweyte Art der Anwendung wird hier in unsren Rechtsquellen ausdrücklich erwähnt (l).

C. Eine ganz andere Natur hat die dritte Fiction, welche nicht auf einer, aus allgemeineren Grundsätzen abgeleiteten, Rechtsregel beruht, sondern auf der bloßen Begünstigung der Freyheit, folglich auch den Charakter eines ganz positiven Rechtssatzes, eines jus constitutum oder singulare (§ 16. q.) an sich trägt. Wenn nämlich ein Sklave durch letzten Willen, direct oder fideikommissarisch, freygelassen wird unter einer mixta conditio, und wenn derselbe von seiner Seite zur Erfüllung bereit ist, auch alle von ihm erwartete Mittel zur Erfüllung in Bereitschaft hat, nun aber die Erfüllung durch eine äußere Ursache verhindert wird, so gilt die Bedingung dennoch als erfüllt, und der Sklave wird frey (m). Dieses geschieht also namentlich in dem Fall, wenn der Sklave einer be-

gung der Freyheit darin besteht, daß der Sklave einem Dritten 100 zahle. Hier tritt die erste Fiction ein, wenn der Dritte die Annahme verweigert: die zweyte, wenn der Erbe dem Sklaven die Zahlung verbietet. *L.* 3 § 2 *de statulib.* (40 7.). Vgl. *L.* 3 § 9 *de cond. causa data* (12. 4.).

(l) Vgl. die vier ersten unter den in Note g angeführten Stellen.

(m) *L.* 20 § 3. 4, *L.* 19, *L.* 3 *pr.* § 8. 10. 11, *L.* 4 § 2. 5, *L.* 5 *pr.*, *L.* 28 *pr. de statulib.* (40. 7.), *L.* 55 *pr.* § 1. 2 *de manum. test.* (40. 4.), *L.* 94 *pr.* § 1 *de cond.* (35. 1.). — Ulpian. II. § 6 „si *paratus sit dare*, et is cui jussus est dare ... moriatur." Ulpian hat in den §§ 5 und 6 unsre drey Fictionen neben einander (s. o. Note b und g), ohne sie genau zu unterscheiden, was auch in dem Fall des statuliber, von welchem allein er hier spricht, gar nicht nöthig war.

ſtimmten Perſon Geld zahlen ſollte, und Dieſe vor dem Empfang ſtarb, der Sklave aber das Geld bereit hatte (n). Es wird aber in unſren Rechtsquellen die hierin liegende poſitive Begünſtigung der Freyheit ausdrücklich bemerkt, und zwar gerade im Gegenſatz der Legate. Wenn alſo demſelben Sklaven, unter derſelben mixta conditio, ſowohl die Freyheit, als ein Legat hinterlaſſen iſt, ſo wird er in dem oben bezeichneten Fall zwar frey, bekommt aber dennoch das Legat nicht (o).

Aber ſelbſt dieſe Begünſtigung der Freyheit ſollte doch nur innerhalb der hier bezeichneten Gränzen eintreten. Geſetzt alſo der Sklave kann die Mittel zur Erfüllung nicht herbeyſchaffen, ſo wird er nicht frey, ſelbſt wenn ihm dabey keine Verſchuldung zur Laſt fällt (p). Eben ſo darf die Begünſtigung nicht ausgedehnt werden auf die casualis conditio, wobey ja von einer Bereitſchaft des Sklaven gar nicht die Rede ſeyn kann (q).

(n) Auch hierin wurde die Begünſtigung allmälig erweitert. Anfangs ſollte es nur gelten, wenn jene Perſon den Teſtator überlebte; dann ließ man es auch zu, wenn ſie vor dem Teſtator verſtorben war. *L.* 39 § 4 *de statulib.* (40. 7.). (Starb ſie ſelbſt vor Abfaſſung des Teſtaments, ſo war die Bedingung unmöglich, alſo wie nicht geſchrieben. Vgl. § 121).

(o) *L.* 20 § 3 *de statulib.* (40. 7.).

(p) *L.* 3 § 5. 8, *L.* 4 § 6, *L.* 5 § 1 *de statulib.* (40. 7.). — Etwas beſonderes iſt ſpäterhin beſtimmt worden für den Fall, da er das Geld überbringt, aber auf dem Wege durch Räubergewalt verliert. Hier wird er ſogleich frey, und die Bedingung wird in einen Modus verwandelt, ſo daß er ſie nachträglich erfüllen muß. *L.* 7 *C. de cond. insertis* (6. 46.).

(q) *L.* 4 § 7 *de statulib.* (40. 7.), *L.* 96 *pr. de cond.* (35. 1.). — Beſteht die caſuelle Bedingung

Diese letzte Fiction ist an sich selbst für das heutige Recht gleichgültig; sie ist aber wichtig, weil sie zur Beseitigung der mancherley Irrthümer dienen kann, die von den Neueren in diese Lehre eingemischt werden. So nehmen Manche an, das zufällige Hinderniß der Erfüllung schade nicht, wenn es vor dem Tode des Testators eintrete. Andere, es schade nicht, wenn es eine Potestativbedingung betreffe, sondern nur wenn eine gemischte dadurch unerfüllt bleibe. Alles ohne Grund, und der wahren Natur der Bedingungen ganz entgegen. Diese Irrthümer sind entstanden, indem man theils die ganz singuläre Begünstigung der Freylassung auf Erbeinsetzungen und Legate willkührlich übertragen, theils indem man die in den Rechtsquellen, für diese Begünstigung selbst, gezogenen scharfen Gränzen verkannt hat. Allen diesen Irrthümern liegt die mehr oder weniger dunkle Voraussetzung zum Grunde, es komme bey der potestativa und mixta conditio nur auf die Bereitwilligkeit und Schuldlosigkeit des Handelnden an,

darin, daß der Verpflichtete, oder daß ein Dritter ein gewisses Lebensjahr erreiche, und stirbt Derselbe vor diesem Jahr, so wird, durch begünstigende Interpretation, die conditio in einen dies certus verwandelt, und der Sklave wird frey an dem Tage, an welchem Jener, bey fortdauerndem Leben, das bestimmte Jahr erreicht haben würde. *L.* 16 *de manum test.* (40. 4.), *L.* 19 *de statulib.* (40. 7.), *L.* 23 § 3, *L.* 41 § 10 *de fideic. lib.* (40. 5.), *L.* 10 *C. eod.* (7. 4.). Für Legate gilt dieses nicht. Vgl. unten § 125. — Wiederum etwas Besonderes gilt für den Fall, wenn der Sklave pure zum Erben eingesetzt, und unter einer casuellen Bedingung, die deficirt, freygelassen ist. Hier wird er sogleich frey, bekommt aber die Erbschaft nur wenn sie insolvent ist. *L.* 6 *C. de necessariis* (6. 27.).

und äußere Hinderniſſe der Erfüllung ſchadeten nicht. Dieſes iſt ausnahmsweiſe wahr in den Fällen der oben dargeſtellten drey Fictionen, in allen anderen Fällen iſt es nicht wahr, und es iſt grundfalſch, es in irgend einer Geſtalt zur Regel erheben zu wollen.

Ich will aber noch einige einzelne Beſtimmungen anführen, welche, durch Misverſtändniß über ihre wahre Natur, zur Befeſtigung jener Irrthümer beygetragen haben.

1) Wenn ein Teſtament die Erfüllung einer Bedingung vor einem beſtimmten Tage vorſchreibt, der Erbe oder Legatar aber die Erfüllung unterläßt, weil wegen des Sc. Silaniani das Teſtament vor jenem Tage gar nicht eröffnet wurde, ſo bekommt er Reſtitution gegen dieſe Verſäumniß (r). Dieſer Fall gehört unter die (nicht häufigen) Reſtitutionen wegen Unwiſſenheit, und gerade daß eine ſolche Reſtitution möglich und nöthig gefunden wird, iſt ein Beweis dafür, daß die regelmäßige Natur der Bedingung auf einen entgegengeſetzten Erfolg führen mußte. Die einleuchtende Rechtfertigung der Reſtitution liegt aber darin, daß die Unwiſſenheit eine nothwendige Folge der Befolgung einer geſetzlichen Vorſchrift war.

2) Werden Alimente oder Jahrgelder hinterlaſſen unter der Bedingung, daß der Legatar ſeinen ſteten Aufenthalt in der Nähe einer beſtimmten Perſon habe, und ſtirbt dieſe Perſon, ſo dauert dennoch das Legat fort bis zum

(r) *L.* 3 § 31 *de Sc. Silan.* (29.5.). Vgl. Beylage VIII. Num. XXIX. am Ende.

Tode des Legatars, obgleich er die Bedingung nicht mehr erfüllen kann (s). Dieſes beruht auf einer begünſtigenden Auslegung ſolcher Legate, als ob der Bedingung des Aufenthalts die Worte hinzugefügt wären: „ſo lange dieſe Perſon lebt". Dieſes gehört alſo zur Interpretation der Legate, und zwar in einem Fall, deſſen Natur ohnehin zu einer Behandlung nach Milde und Billigkeit auffordert: die Natur der Bedingungen und ihrer Erfüllung hat damit Nichts zu ſchaffen.

3) Wird ein Legat gegeben unter der Bedingung, daß der Legatar nach dem Gutfinden des Titius heurathe, und ſtirbt Titius vor dem Teſtator, ſo iſt dennoch das Legat gültig, obgleich die Bedingung unerfüllt bleiben muß. Allein dieſe Bedingung ſoll, als unſittlich, ohnehin nicht beachtet werden, ſelbſt wenn Titius noch lebte; alſo kann natürlich auch deſſen Tod hierin Nichts ändern (t).

4) Das Legat unter der Bedingung eines Eides, den Sklaven Stichus zu manumittiren, iſt gültig, auch wenn die Manumiſſion durch den Tod dieſes Sklaven unmöglich wird. Das gründet ſich aber darauf, daß die Bedingung des eidlichen Verſprechens einer Handlung überhaupt nicht als Bedingung gelten ſoll; vielmehr wird dann die Handlung ſelbſt als Modus behandelt, und durch deſſen Un-

(s) *L.* 20 *pr. de annuis* (33. 1.), *L.* 20 § 3 *de alim.* (34. 1.), *L.* 84 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 *C. de leg.* (6. 37.). — Vergl. auch *L.* 18 § 2 *de alim.* (34. 1.).

(t) *L.* 72 § 4 *L.* 28 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 54 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) (ſ. u. § 123. c).

möglichkeit kann niemals die Gültigkeit des Legats gehindert werden (u).

5) Zwey Brüder werden zu Erben eingesetzt, so daß Derjenige, welchen die Seja zum Ehegatten erwählt, Zwey Drittheile, der Andere Ein Drittheil der Erbschaft erhalten soll. Stirbt Seja vor der Wahl, so sind dennoch Beide Erben, und zwar Jeder zur Hälfte (v). Allein hier war die Erbeinsetzung selbst unbedingt, und nur die Ungleichheit der Portionen bedingt. Da die Bedingung unerfüllt blieb, so fällt diese Ungleichheit weg, und es bleibt bey der regelmäßigen Gleichheit, wie wenn gar keine Portionen ausgedrückt wären.

6) Das Cap. 66 de Reg. juris in VI. ist so allgemein und unbestimmt gefaßt, daß es offenbar nicht dazu dienen kann, die Regeln des Römischen Rechts abzuändern, sondern nur in Erinnerung zu bringen. Es muß daher diese Stelle als eine, nur etwas zu allgemein ausgedrückte, Anerkennung der ersten und zweyten oben dargestellten Fiction angesehen werden. Diese Auffassung ist dem allgemeinen Charakter des ganzen Titels angemessen, worin sich jene einzelne Stelle befindet.

7) Die bedenklichste Stelle endlich, und die vorzüglich

(u) *L.* 8 § 7 *de cond. inst.* (28. 7.), vgl. mit § 8 *eod.* und mit *L.* 26 *pr. de cond.* (35. 1.), so daß also nur der Ausdruck conditio in dem § 7 (so wie in gar manchen anderen Stellen) uneigentlich gebraucht ist. Vgl. Donellus VIII. 34 § 7. Averanius Interpr. II. 24 Num. 28. 29. — Vgl. auch unten § 123. s.

(v) *L.* 24 *de cond. inst.* (28. 7.).

zu den oben gerügten Irrthümern beygetragen hat, iſt *L.* 54 § 2 *de leg.* 1. (30. un.).

Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses: nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quo minus perveniat ad libertatem.

Sollte nun wohl dieſe einzige Stelle Dasjenige zweifelhaft machen können, was in ſo vielen anderen einſtimmig anerkannt iſt? Dann wäre ja die oben dargeſtellte dritte Fiction keine ſinguläre Begünſtigung der Freyheit, und es beſtände nicht in dieſer Hinſicht der Gegenſatz zwiſchen Legat und Freylaſſung, der doch von mehreren alten Juriſten ſo ſcharf und beſtimmt hervorgehoben wird (Note m. und o.). Durch die geringe Veränderung eines einzigen Buchſtabens ließe ſich der Widerſpruch heben, wenn anſtatt mors geleſen würde mora, ſo daß die servi mora, das heißt das aus ſeinem widerſtrebenden Willen hervorgehende Hinderniß (z. B. indem er ſich verſteckte oder entfernte) der wirklichen Erfüllung im Wege ſtände. Nun würde die Bedingung als erfüllt gelten müſſen, weil die erſte unter den drey dargeſtellten Fictionen anwendbar wäre (w).

(w) Die Art, wie Donellus VIII. 34 § 9 dieſen Fall als einzelne Ausnahme zu beſeitigen ſucht, ſcheint mir gezwungen und willkührlich. — Sell Verſuche im Gebiete des Civilrechts Th. 2 S. 228. 232 nimmt an, bey reinen Poteſtativbedingungen ſchade die Nichterfüllung wegen eines äußeren Hinderniſſes nicht, die Bedingung si Stichum manumiserit ſey aber eine ſolche. Schon der aufgeſtellte Grundſatz ſelbſt gehört in die Reihe der oben ge-

§. 120.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Wirkung.

Indem nunmehr die regelmäßige Wirkung der Bedingungen darzustellen ist, muß die schon oben (§ 117) angedeutete wichtigste Eintheilung in Erinnerung gebracht, und jetzt genau dargestellt werden. Das allgemeine Wesen der Bedingungen wurde in die Abhängigkeit eines Rechtsverhältnisses von einem ungewissen Ereigniß gesetzt (§ 116). Diese Abhängigkeit aber läßt sich auf zwiefache Weise denken, indem durch das Ereigniß entweder der Anfang oder das Ende des Rechtsverhältnisses bestimmt werden soll. Unsere Juristen nennen die Bedingung im ersten Fall eine suspensive (aufschiebende), im zweyten eine resolutive (auflösende); in unsren Rechtsquellen finden sich Kunstausdrücke für diese Begriffe nicht. Der erste Fall ist übrigens so sehr der häufigere und darum wichtigere, daß überall, wo von conditio ohne nähere Bestimmung geredet wird, zunächst an die suspensive zu denken ist.

Das unter einer suspensiven Bedingung stehende Rechtsverhältniß kann in drey verschiedenen Zuständen gedacht werden. Zunächst in dem Zustand der Unentschie-

rügten willkührlichen Behauptungen; ferner ist Das, was von außen verhindert werden kann, eben darum nicht mehr rein potestativ; endlich ist besonders die angeführte Bedingung gar nicht potestativ, weil, wenn auch nicht die Einwilligung des Sklaven, doch dessen Gegenwart zur Manumission nöthig ist, so daß er diese durch die Flucht wohl hindern kann.

denheit, der aus dem Weſen der Bedingung hervorgeht (pendet conditio). Hier iſt ein Recht noch gar nicht vorhanden, und es iſt nur das künftige Daſeyn deſſelben von der Willkühr der Betheiligten mehr oder weniger unabhängig gemacht. — Dieſer Zuſtand kann ſich in Gewißheit verwandeln auf zweyerley entgegengeſetzte Weiſe. Erſtlich indem das Ereigniß wirklich eintritt (erfüllte Bedingung, impleta oder expleta conditio), wodurch das Rechtsverhältniß völlig zu Stande kommt, wie wenn es ohne Bedingung geweſen wäre (a). Zweytens indem umgekehrt gewiß wird, daß das Ereigniß nicht eintritt (vereitelte Bedingung, deficit conditio), wodurch nun die Erwartung eines Rechtsverhältniſſes ſpurlos verſchwindet.

Die erfüllte Bedingung alſo begründet das Rechtsverhältniß gerade ſo, wie wenn es unbedingt geweſen wäre, und für die künftige Zeit iſt dieſe Wirkung unzweifelhaft. Es fragt ſich aber, ob dieſe Wirkung auch rückwärts, auf die Zwiſchenzeit zwiſchen dem eingegangenen Rechtsgeſchäft und der erfüllten Bedingung, zu beziehen iſt? Im Allge-

(a) *L.* 26 *de cond. inst.* (28. 7.). „... conditione expleta, pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit." Jetzt alſo kann man erſt ſagen: cessit dies, das Recht ſelbſt iſt in das Vermögen gekommen, welches pendente conditione noch nicht behauptet werden konnte. *L.* 213 *pr. de verb. sign.* (50. 16.). Indeſſen iſt doch dieſer Begriff und Kunſtausdruck nicht bey allen Anwendungen von Erheblichkeit, worin Bedingungen vorkommen können, ſondern nur bey Teſtamenten, und zwar insbeſondere bey Legaten, deren Übergang auf die Erben des Legatars davon abhängt, daß der Legatar den dies cedens erlebt (§. 116).

meinen kann diese Frage bejaht werden (b), jedoch sind dabey manche Beschränkungen zu bemerken.

1) Ist eine Sache bedingungsweise tradirt, so bleibt sie einstweilen im Eigenthum des Schuldners, der sie also auch ferner verpfänden oder mit Servituten beschweren kann. Sobald aber die Bedingung erfüllt wird, sind alle diese Veräußerungen der Zwischenzeit vernichtet. Eben so wird die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfandrechts nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrags, bestimmt (c). — Dieses leidet jedoch eine Ausnahme, wenn die Erfüllung der Bedingung in einer von der Willkühr des Schuldners abhängenden Handlung besteht (d); und zwar nicht als ob dieses keine

(b) Vgl. im Allgemeinen: W. Sell über bedingte Traditionen Zürich 1839 S. 100 fg. Man kann Das so ausdrücken: *retrotrahitur* impleta conditio ad conventionis diem. Zwar kommt der Ausdruck in dieser Verbindung nicht vor; aber bey der Ratihabition eines in fremdem Namen geschlossenen Vertrags gebraucht ihn Justinian in der That, und ganz in demselben Sinn. *L.* 7 *C. ad Sc. Maced.* (4. 28.). Eben so sagt Marcian in *L.* 15 *pr. de reb. dubiis* (34. 5.) „ex post facto *retro ducitur*," von einer legirten Sache, die der Erbe veräußert, wenn späterhin der Legatar das Legat entweder annimmt oder ausschlägt. Eben so Ulpian in *L.* 17 § 1 *L.* 35 *ad L. Aquil.* (9. 2.) „*retro adcrevisse* dominium." — In *L.* 11 § 2. 9 *de don. int. vir.* (24. 1.) steht *retro agi*, in *L.* 40 *de m. c. don.* (39. 6.) *reducitur*, in *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.) *referatur* und *reduci*. Vgl. über diese letzte Stellen, und über ihre Verbindung mit der Lehre von den Bedingungen, § 170.

(c) *L.* 8 *pr. de peric.* (18. 6.), *L.* 9 § 1 *L.* 11 § 1 *qui pot.* (20. 4.). Sell bedingte Traditionen S. 157 fg.

(d) *L.* 16 § 7 *de pign.* (20. 1.), *L.* 4 *quae res pign.* (20. 3.), *L.* 9 § 1 *L.* 11 *pr.* § 2 *qui pot.* (20. 4.). So z. B. bey einer Verpfändung unter der Bedingung, daß der Schuldner ein Darlehen empfangen, oder daß er Mobi-

wahre Bedingung wäre, welches doch in der That anzunehmen iſt (§ 117), ſondern weil der Schuldner, der die Entſtehung des ganzen Rechts ſeines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirkſame Beſchränkungen deſſelben muß hervorbringen können.

2) Ob die Früchte, welche in der Zwiſchenzeit entſtanden ſind, mit der Sache ſelbſt herausgegeben werden müſſen, iſt ſtreitig; conſequenterweiſe muß im Allgemeinen dieſe Frage bejaht werden, jedoch mit ſteter Rückſicht auf die wahrſcheinliche Abſicht in einzelnen Fällen (e).

3) Bey einer bedingten Erbeinſetzung muß die Frage in jeder denkbaren Beziehung bejaht werden, und zwar ſchon aus dem Grunde, weil jeder Verſtorbene von dem Augenblick ſeines Todes an beerbt ſeyn muß, ſo daß das Recht des Erben zwar lange Zeit ungewiß ſeyn kann, ſobald es aber gewiß iſt, auf die Todeszeit zurück bezogen werden muß (f).

4) Bey bedingten Legaten tritt allerdings dieſer Grund

lien in ein Haus hereinbringen wird, die dann als Pfand gelten ſollen. Denn er kann es willkührlich unterlaſſen, das Darlehen anzunehmen, oder Mobilien in das Haus zu bringen. Vgl. Sell bedingte Traditionen S. 166.

(e) Vergl. Thibaut civiliſt. Abhandlungen S. 363; Sell bedingte Traditionen S. 144; dagegen iſt, was die Regel betrifft, Wangerow Pandekten I. 116. Durch die hier (im Text) hinzugefügte Einſchränkung verſchwindet großentheils die praktiſche Bedeutung der Streitfrage. — Hier und bey den folgenden Sätzen konnte es nicht die Abſicht ſeyn, in das theilweiſe ſehr weit führende Detail einzugehen. Vielmehr ſollte nur eine überſichtliche Zuſammenſtellung der verſchiedenen Anwendungen gegeben werden, worin ſich die Wirkung der erfüllten Bedingung zeigt.

(f) S. o. § 102, und beſonders die in der Note b dieſes § angeführte Stellen.

nicht ein. Dennoch ſind auch hier, wie bey den Verträgen, alle Veräußerungen der Zwiſchenzeit vernichtet, ſobald die Bedingung erfüllt wird (g).

5) Dagegen gilt bey bedingten Legaten ein anderes Recht in Anſehung der Früchte der Zwiſchenzeit. Man nimmt nämlich an, daß der Teſtator die Bedingung zugleich als Zeitbeſtimmung gedacht habe (h), und daß daher der Fruchtgenuß der Zwiſchenzeit dem Erben verbleiben ſolle, auch nachdem durch die eingetretene Erfüllung alle Ungewißheit aufgehört hat (i). Dieſes iſt jedoch nur Interpretation des Willens, und es muß daher anders gehalten werden, wenn der Teſtator ausdrücklich verordnet, daß bey eintretender Erfüllung das Legat von der Todeszeit an zu entrichten ſey, das heiſt, daß die in der Zwiſchenzeit entſtandenen Früchte dem Legatar herausgegeben werden ſollten (k).

(g) *L.* 11 § 1 *quemadm. serv.* (8. 4.), *L.* 105 *de cond.* (35. 1.), *L.* 3 § 3 *C. comm. de leg.* (6. 43.). — Die Proculejaner nahmen an, die per vindicationem legirte Sache ſey einſtweilen herrenlos, die Sabinianer ſahen den Erben als Eigenthümer an, ſo lange die Erfüllung nicht eingetreten war. Gajus II. § 200. Juſtinian hat die Sabinianiſche Meynung (für alle Legate) anerkannt, und nur unter dieſer Vorausſetzung hat auch der im Text aufgeſtellte Satz Sinn. *L.* 66 *de rei vind.* (6. 1.), *L.* 12 § 5 *de usufr.* (7. 1.), *L.* 12 § 2 *fam. herc.* (10. 2.), *L.* 29 § 1 *qui et a quib. manum.* (40. 9.), und mehrere andere Stellen.

(h) *L.* 22 *pr. quando dies* (36. 2.). „... per conditionem tempus demonstratur" ...

(i) *L.* 15 § 6 *L.* 24 § 1 *L.* 88 § 3 *ad L. Falc.* (35. 2.), *L.* 18 *pr. L.* 33 *L.* 57 *pr. ad Sc. Trebell.* (36. 1.).

(k) Darauf wohl iſt zu beziehen das praeposterum, wovon Juſtinian ſagt, es ſey früher allgemein ungültig geweſen, K. Leo habe es bey der Dos zugelaſſen, er ſelbſt geſtatte es allgemein, bey Stipulationen und Teſtamenten. *L.* 25 *C. de testam.* (6. 23.), § 14

Das unter einer reſolutiven Bedingung ſtehende Rechtsverhältniß hat eine viel einfachere Natur. Zunächſt iſt es einem unbedingten völlig gleich. Tritt aber die Bedingung ein, ſo iſt es dadurch völlig vernichtet, als wenn es nie vorhanden geweſen wäre: es iſt eine pura conventio, quae resolvitur sub conditione (l). Das Eigenthum kehrt daher von ſelbſt zurück, ohne neue Tradition, und alle in der Zwiſchenzeit vorgenommene Veräußerungen, die bis dahin allerdings gültig waren, ſind augenblicklich vernichtet (m).

Der letzte Zweck einer ſolchen Reſolutivbedingung kann auch unter zwey anderen Rechtsformen erreicht werden, die ihr alſo verwandt ſind, aber nicht mit ihr verwechſelt

(13) *J. de inut. stip.* (3. 19.). Dahin würde z. B. dieſes Legat gehören: Si Consul factus erit Titius, a die mortis meae fundum ei heres dato. Der Sinn und Erfolg war nun der, daß Titius die Früchte der Zwiſchenzeit bekam. Auch lag in der Sache nichts Anſtößiges, denn dieſe Beſtimmung über die Früchte konnte unbedenklich zu allen Zeiten in Stipulationen und in Teſtamenten getroffen werden. Vgl. *L.* 18 *pr. ad Sc. Trebell.* (36. 1.). Das Anſtößige lag nur in dem Ausdruck, weil wörtlich etwas Unmögliches und Widerſinniges vorgeſchrieben war, nämlich die Vollziehung einer Handlung in einer bereits vergangnen Zeit. Dieſe Unvollkommenheit der wörtlichen Faſſung ſollte nicht mehr ſchaden, die unzweifelhafte Abſicht ſollte zur Ausführung kommen.

(l) *L.* 3 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 2 *de in diem addict.* (18. 2), *L.* 1 *de L. Commiss.* (18. 3.), *L.* 4 *C. de pactis inter emt.* (4. 54.). — *L.* 29 *de mortis causa don.* (39. 6.). — Man kann alſo die Reſolutivbedingung auch auffaſſen als eine ſuspenſive für die Vernichtung des Rechtsgeſchäfts; nur nicht als eine Suspenſivbedingung für ein neues Rechtsgeſchäft von umgekehrtem Inhalt und Zweck.

(m) *L.* 41 *pr. de rei vind.* (6. 1.). — *L.* 4 § 3 *de in diem addict.* (18. 2.), *L.* 3 *quib. mod. pign.* (20. 6.). — Vgl. Sell bedingte Traditionen S. 219 fg.

werden dürfen, da ſie ſich in einzelnen Folgen ſehr von ihr unterſcheiden. Es kann nämlich:

1) die umgekehrte Thatſache als Suspenſivbedingung ausgedrückt ſeyn, da denn die oben angegebenen Wirkungen eintreten (n);

2) die Wiederherſtellung des urſprünglichen Zuſtandes zum Gegenſtand eines eigenen Nebenvertrages unter ſuspenſiver Bedingung gemacht ſeyn. Dann entſteht aus dieſem ein blos obligatoriſcher Anſpruch, das Eigenthum kehrt nicht von ſelbſt zurück, und die Veräußerungen der Zwiſchenzeit bleiben gültig (o).

(n) Es iſt mithin in ſolchen Fällen eine factiſche Frage, welche von beiden Arten der Bedingungen die Parteyen gemeynt haben. *L.* 2 *de in diem addict.* (18. 2.), *L.* 1 *de L. commiss.* (18. 3.).

(o) *L.* 12 *pr. de praescr. verbis.* (19. 5.), *L.* 2 *C. de pactis inter emt.* (4. 54.). — Thibaut civiliſt. Abhandl. S. 361 überſieht dieſe Unterſchiede, indem er blos darauf Rückſicht nimmt, wer am Ende die Sache bekommen und behalten ſoll, weshalb er den weſentlichen Unterſchied zwiſchen ſuspenſiven und reſolutiven Bedingungen ohne Grund verneint. (Vgl. Sell S. 183). In einem anderen Sinn freylich läßt ſich allerdings die Reſolutivbedingung auf eine ſuspenſive zurückführen (Note l). — Auch hier alſo iſt es eine factiſche Frage, ob die Parteyen nur die erſte Veräußerung durch Bedingungen einſchränken wollten, oder ob ſie vielmehr einen zweyten Vertrag über bedingte Rückübertragung zur Abſicht gehabt haben. Nun fragt es ſich ferner, woran der Richter dieſe Abſicht erkennen ſoll. Die Römer haben, ächt praktiſch, für beſtimmte einzelne Geſchäfte Präſumtionen aufgeſtellt: ſo enthält die in diem addictio und die lex commissoria eine bedingte Veräußerung, die retrovenditio einen zweyten Vertrag auf Rückveräußerung. Weniger praktiſch haben viele neuere Juriſten die Entſcheidung davon abhängig gemacht, ob die Parteyen verba directa oder obliqua gebraucht haben; Andere haben, auf noch bedenklichere Weiſe, eine durchgreifende Präſumtion für alle Fälle, und zwar gerade für einen

Dieses ist die Natur der Resolutivbedingung, da wo sie überhaupt gültig und wirksam ist. Für welche Rechtsgeschäfte aber dieses zu behaupten ist, kann erst weiter unten, in Verbindung mit den gleichartigen Zeitbestimmungen, (§ 127) untersucht werden.

Eine eigenthümliche Natur haben hierin die Schenkungen auf den Todesfall (§ 170). Bey ihnen hat der Geber die Wahl zwischen der suspensiven und resolutiven Bedingung, und zwar so daß im Zweifel die letzte anzunehmen ist. Eben daher aber wird die suspensive, wenn er ihr den Vorzug giebt, nicht retrotrahirt in Beziehung auf die Veräußerungen der Zwischenzeit; wohl aber behält der Beschenkte die Früchte der Zwischenzeit. Geschieht eine solche Schenkung unter Ehegatten, so ist die augenblickliche Übertragung des Eigenthums (mit Resolutivbedingung) unmöglich; daher bekommt aber nun die allein mögliche Suspensivbedingung in der Regel eine retroactive Wirkung.

§. 121.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Nothwendige und unmögliche (a).

Außer der regelmäßigen Wirkung der Bedingungen (§ 120) muß nun auch die großentheils anomalische Wir-

zweyten Vertrag, aufzustellen versucht. Vergl. über die neuesten, diese Frage betreffenden, Äußerungen: Bangerow Pandekten I. S. 117. Sell bedingte Traditionen, S. 220 fg.

(a) Vgl. Donellus VIII. 32 § 5—24. W. Sell Versuche im

kung dargestellt werden, welche im Fall der nothwendigen und der unmöglichen Bedingungen stattfindet. So nennt man nämlich, mit etwas abgekürztem Ausdruck, diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung nothwendig oder unmöglich eintritt.

Daß diese keine wahren Bedingungen sind, indem in ihnen die Ungewißheit des Erfolgs, also das Wesen der Bedingung, fehlt, ist schon oben bemerkt worden (§ 116). Um aber deutlich machen zu können, welche Wirkung eine solche irrig angewendete Form der Willenserklärung auf das Rechtsgeschäft selbst hat, ist es nöthig, zuvor die hier angedeuteten Fälle selbst, nach den verschiedenen Gestalten, deren sie empfänglich sind, genau ins Auge zu fassen.

Zuvörderst ist es einleuchtend, daß jene sogenannte Bedingungen sowohl positiv als negativ seyn können (§ 117). Sehen wir ferner auf den Grund der vorhandenen Nothwendigkeit und Unmöglichkeit, so kann derselbe bald in einem Naturgesetz liegen, bald in einer Rechtsregel, und wir können daher eine physische und eine juristische Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit unterscheiden, die jedoch völlig gleiches Recht haben (b).

Hieraus ergeben sich nun folgende mögliche Combina-

Gebiete des Civilrechts Th. 2 Giessen 1834. Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts. Heft 1. Bonn 1837. Num. IV.

(b) Die Gleichheit physischer und juristischer Unmöglichkeit der Bedingung ist ausdrücklich anerkannt in *L.* 137 § 6 *de verb. obl.* (45. 1.). Eben so auch da, wo nicht von Bedingungen die Rede ist, nämlich bey der Unmöglichkeit der Handlung selbst, vgl. *L.* 35 *pr. eod.*

tionen, die überall durch Beyſpiele anſchaulich gemacht werden ſollen:

I. Nothwendig:

A. poſitiv:

a) phyſiſch nothwendig.

Wenn den Tag nach meinem Tode die Sonne aufgehen ſollte; oder: wenn ich jemals ſterben ſollte.

b) juriſtiſch.

Wenn Titius überhaupt rechtsfähig ſeyn ſollte (c).

B. negativ (d):

a) phyſiſch nothwendig.

Wenn Titius unterläßt, den Mond zu erſteigen.

(c) Weil nämlich wir eine gänzliche Rechtsunfähigkeit nicht kennen. Bey den Römern hätte dieſe Bedingung den Sinn gehabt: „wenn Titius ein freyer Menſch iſt" (welches ja zweifelhaft ſeyn konnte), und ſie wäre nicht nothwendig geweſen.

(d) Die Neueren nennen irrig eine ſolche Bedingung: negativ unmöglich, da ſie doch in der That nothwendig (und daneben zugleich negativ) iſt; da nämlich der Gegenſtand des Unterlaſſens unmöglich iſt, (welches eben den falſchen Ausdruck veranlaßt hat), ſo iſt die Bedingung ſelbſt, d. h. die Erfüllung, nothwendig. Allerdings hat jenen unrichtigen Sprachgebrauch ſchon Ulpian in *L.* 50 § 1 *de her. inst.* (28. 5.). „Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset." Man könnte glauben, Ulpian habe nicht an dieſen Fall gedacht, ſondern an den, welchen ich mit II. B. bezeichnet habe, wobey ſein Ausdruck richtig ſeyn würde. Das kann aber nicht angenommen werden, weil gerade dieſer Fall ſtreitig war, ſo daß er von ihm nicht ſagen konnte: secundum omnium sententiam. Derſelbe Sprachgebrauch liegt zum Grunde in *L.* 7 *de verb. oblig.* (45. 1.), und *L.* 20 *pr. de cond. inst.* (28. 7.). Dieſe ganze Bemerkung iſt gut ausgeführt von Arndts S. 162—169.

b) juriſtiſch.

Wenn Titius, mein einziger Erbe, das was ich ihm ſchuldig bin nach meinem Tode nicht einfordern wird (e).

Wenn Titius unterläßt, vor ſeiner Mündigkeit ein gültiges Teſtament zu machen; oder das Eigenthum der Kirchen meines Wohnorts zu erwerben.

II. Unmöglich:

A. poſitiv:

a) phyſiſch unmöglich.

Wenn Titius den Mond erſteigt.

Eben dahin gehören, ihrem Begriffe nach, die einen inneren Widerſpruch in ſich ſchließende Bedingungen (conditiones perplexae) (f).

b) juriſtiſch.

Wenn Titius vor ſeiner Mündigkeit ein gültiges Teſtament macht; oder: wenn er das Eigenthum der Kirchen meines Wohnorts erwirbt.

B. negativ:

a) phyſiſch unmöglich.

Wenn Titius niemals ſterben ſollte.

(e) *L.* 20 *pr. in f. de cond. inst.* (28. 7.). Er muß dieſe Schuld wohl uneingeklagt laſſen, da vor der Antretung Niemand vorhanden iſt, gegen den er klagen könnte, durch die Antretung aber Confuſion eintritt, alſo die Forderung untergeht.

(f) Sie ſind nämlich unmöglich durch das in der menſchlichen Natur gegründete logiſche Geſetz. — Vgl. Sell S. 267. Beyſpiele kommen vor in *L.* 16 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 39 *de man. test.*

b) juristisch.

Wenn der jetzt vierzehenjährige Titius bey meinem Tod noch nicht mündig seyn sollte; oder: wenn Titius zur Zeit meines Todes gar nicht rechtsfähig seyn sollte.

Diese Fälle sind nun nach folgenden Regeln zu beurtheilen.

Nothwendige Bedingungen sind gar nicht als Bedingungen zu betrachten, vielmehr gilt das Rechtsgeschäft, dem sie hinzugefügt sind, als ein unbedingtes (g). Im Ganzen dieselbe Wirkung würde auch eintreten, wenn man sie als wahre Bedingungen betrachtete, die bereits in Erfüllung gegangen wären. Dennoch ist es nicht einerley, ob man sie nach jenem oder nach diesem Grundsatz behandelt. Denn wären sie wahre Bedingungen, so würden durch ihre Hinzufügung diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen alle Bedingungen überhaupt untersagt sind, ungültig werden (§ 116). Da aber das Geschäft, neben welchem sie sich ausgedrückt finden, als ein unbedingtes angesehen

(40. 4.), *L.* 88 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.). — Ihre praktische Behandlung aber ist abweichend (Note m).

(g) *L.* 9 § 1 *de nov.* (46. 2.). „Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, *pure videtur stipulari.*" *L.* 7. 8 *de verb. oblig.* (45 1.), *L.* 17. 18 *de cond. indeb.* (12. 6.) (von Verträgen). — *L.* 50 § 1 *de her. inst.* (28. 5.). „.... heres erit, perinde ac si pure institutus esset" (von Testamenten). Über diese letzte Stelle vgl. Note d. — Eine merkwürdige Ausnahme (bey dem legatum poenae nomine) wird am Ende des § 124 erwähnt werden. Eine andere, weit willkührlichere, findet sich in *L.* 13 *quando dies* (36. 2.).

wird, so kann auch durch sie dessen Gültigkeit nicht gefährdet werden.

Ähnlichkeit hat mit ihnen diejenige, an sich zufällige, Bedingung, die zur Zeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts bereits in Erfüllung gegangen war, ohne daß der Urheber des Geschäfts dieses wußte. Jedoch gilt bey diesen das Geschäft nicht als unbedingt, sondern vielmehr als ein solches, dessen wahre Bedingung in Erfüllung gegangen ist (h). Daher aber muß consequenterweise angenommen werden, daß ein Geschäft, in welchem Bedingungen verboten sind, durch eine solche Bedingung ungültig werde. Wenn also z. B. ein Vater seinen Suus unter einer casuellen Bedingung, die ohne sein Wissen bereits erfüllt ist, zum Erben einsetzt, so ist das Testament dennoch nichtig (i). Auch hat Dieses seinen guten Grund darin, daß es der Urheber als eine wahre Bedingung dachte, also dem Geschäft eine nach seinem Wissen unrechtliche Form gab. Eben daher muß aber auch das Gegentheil gelten, wenn

(h) *L.* 10 § 1 *L.* 11 *pr. de cond.* (35. 1.). „Si sic legatum sit: *si navis ex Asia venerit*, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore: dicendum, *pro impleta haberi*" ..... Der Zusatz ignorante testatore bekommt nur dadurch Sinn, daß man den Gegensatz hinzudenkt: wenn es der Testator wußte, so war nicht von einer erfüllten Bedingung, sondern von einem unbedingten Legat die Rede.

(i) Dieses ist der einzige erhebliche Unterschied des erwähnten Falles von dem Fall nothwendiger Bedingung. Für den dies cedens eines Legats ist gar kein Unterschied, denn auch in dem eben erwähnten Fall ist dafür der Todestag anzunehmen, da es hierbey überhaupt nur auf den Eintritt des Ereignisses selbst ankommt, nicht auf das Bewußtseyn des Legatars.

der Urheber die ſchon eingetretene Erfüllung wußte (Note h), in welchem Fall die eben beſchriebene Bedingung der nothwendigen vollkommen gleich ſteht.

Unmögliche Bedingungen ſollten, nach allgemeiner Betrachtung, noch weniger Zweifel erregen können, als die nothwendigen. Es ſcheint nämlich, daß ſchon durch ihren Inhalt das ganze Rechtsgeſchäft völlig entkräftet ſeyn müßte, wodurch dann zugleich alle mögliche Nebenfragen erledigt ſeyn würden. Allein unſer poſitives Recht hat es großentheils anders gewollt.

Zwar bey den Verträgen iſt jene natürliche Behandlung allerdings anerkannt worden. Eine unmögliche Bedingung alſo ſoll ſie völlig wirkungslos machen, und zwar ohne Unterſchied, ob es Stipulationen oder Conſenſualcontracte ſind (k).

Aber ein Anderes iſt vorgeſchrieben für die teſtamentariſchen Verfügungen. Bey dieſen wollten nur die Proculejaner jene natürliche Anſicht gelten laſſen, die Sabinianer dagegen ſahen die Bedingung ſelbſt als nicht geſchrieben an, wodurch ſich die Verfügung des Teſtators in eine unbedingte verwandelte (l). Und dieſe Meynung der Sabinianer iſt denn auch in das Juſtinianiſche Recht aufgenommen worden (m); wahrſcheinlich nachdem ſie ſchon

(k) Gajus III. § 98, § 11 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 7 *L.* 137 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.), *L.* 1 § 11 *L.* 31 *de oblig. et act.* (44. 7.), *L.* 9 § 6 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 29 *de fidejuss.* (46. 1.).

(l) Gajus III. § 98.

(m) § 10 *J. de her inst.* (2. 14.), *L.* 3 *L.* 6 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 *L.* 6 *L.* 20 *pr. de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 16 *de injusto* (28. 3.) (am Ende der Stelle),

lange zuvor in der Praxis entschiedenes Übergewicht erhalten hatte (n). — Ehe ich von dem Grund dieser etwas auffallenden Bestimmung rede, will ich die Consequenzen derselben bemerklich machen.

Ist die an sich mögliche Bedingung schon vor Abfassung des Testaments vereitelt worden, so gilt sie, auch wenn der Testator dieses nicht wußte, der unmöglichen gleich, folglich als nicht geschrieben (o); woraus denn von selbst folgt, daß ihre Aufnahme in eine Verfügung, die keine Bedingungen enthalten darf, dennoch der Gültigkeit nicht schadet. Allerdings liegt darin eine Abweichung von dem Princip, welches oben bey den bereits früher erfüllten angewendet wurde (Note h); allein diese Verschiedenheit ist eine consequente Folge der eigenthümlichen und ganz positiven Behandlung, welcher die unmöglichen Bedingungen unterworfen worden sind.

Ganz anders verhält es sich mit der Bedingung, welche der Testator selbst als in der Vergangenheit oder Gegen-

L. 104 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 5 § 4 *quando dies* (36. 2.). — Nur bey den perplexen Bedingungen gilt ein anderes Recht. Hier wird die Bedingung als unzertrennlich verbunden mit der Verfügung selbst angesehen, und darum ist nun diese letzte nichtig. Vergl. die in der Note f angeführte Stellen.

(n) Paulus III. 4 B. § 1, *L.* 3 *de cond.* (35. 1.). „*Obtinuit*, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas." Diese Stelle des Ulpian trägt keine Spur einer Interpolation an sich, scheint vielmehr für die entschiedene Praxis zur Zeit ihres Verfassers Zeugniß zu geben.

(o) *L.* 6 § 1 *de cond.* (35. 1.), woraus zugleich erhellt, daß auch diese einzelne Anwendung erst nach und nach, und nicht ohne Widerspruch, geltend wurde.

wart liegend ausgedrückt hat (§ 116). Zeigt ſich eine ſolche hinterher als vereitelt, wenngleich der Teſtator darüber wirklich in Ungewißheit war, ſo iſt die daran geknüpfte Verfügung entkräftet (p). Auf dieſen Fall iſt alſo die Regel, nach welcher die unmögliche Bedingung als nicht geſchrieben gelten ſoll, gar nicht anzuwenden, und der Grund der Unanwendbarkeit liegt darin, daß eine ſolche Beſtimmung überhaupt gar nicht Bedingung iſt, ſondern nur den äußeren Schein einer Bedingung an ſich trägt.

Iſt die Bedingung theilweiſe möglich, theilweiſe unmöglich, ſo gilt der unmögliche Theil als nicht geſchrieben, der mögliche beſteht als gültige Bedingung (q).

Die aufgeſtellte Regel gilt ferner nicht nur bey ſolchen Ereigniſſen, die nach Naturgeſetzen an ſich nicht vorkommen können (abſolut unmögliche), ſondern auch bey denen, deren Erfüllung durch zufällige Umſtände ausgeſchloſſen wird, anſtatt daß ſie unter anderen Umſtänden möglich ſeyn würden (relativ unmögliche). So z. B. Zahlung an eine individuell bezeichnete Perſon, oder Freylaſſung beſtimmter Sklaven, wenn dieſe entweder nie gelebt haben, oder zur Zeit des Rechtsgeſchäfts ſchon geſtorben waren; Tilgung einer Schuld, wenn dieſe gar nicht vorhanden iſt (r). — Ja auch diejenigen Ereigniſſe ſind als unmög-

(p) *L.* 16 *de injusto* (28. 3.), deren größter Theil von dieſem Fall handelt, und worin nur am Schluß auf die entgegengeſetzte Behandlung der wirklichen, aber unmöglichen, Bedingungen übergegangen wird.

(q) *L.* 45 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 6 § 1 *de cond.* (35. 1.).

(r) *L.* 72 § 7, *L.* 6 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 45 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 26 § 1 *de statulib.*

liche zu betrachten, deren Bewirkung, nach allen gewöhnlichen Verhältnissen zwischen Mittel und Erfolg, für unerreichbar gelten muß; man könnte sie unerschwingliche Bedingungen nennen. Der Grund dieser Unerreichbarkeit muß daher in allgemeinen Verhältnissen liegen, nicht in den besonderen einer einzelnen Person, indem eine solche subjective Unmöglichkeit gar nicht beachtet wird (s). Übrigens kann die Gränze zwischen dieser Unerreichbarkeit und der bloßen Schwierigkeit, welche von der Erfüllung keineswegs befreyt, freylich nicht durch allgemeine Regeln, sondern nur in jedem einzelnen Fall durch richterliches Ermessen bestimmt werden. Daß aber in der That dieser Fall dem Fall der wahren Unmöglichkeit gleich steht, wird in folgenden Anwendungen anerkannt. Die Bedingung, dem Testator binnen drey Tagen nach seinem Tode ein Denkmal zu errichten, gilt als eine unmögliche; und doch war die Erfüllung nicht völlig undenkbar, wenn etwa der so eingesetzte Erbe die Bedingung vor dem Tode erfuhr, alle Baumaterialien zubereiten und beyfahren ließ, auch eine große Zahl von Arbeitern voraus bestellte. An ein so höchst ungewöhnliches Zusammentreffen von Umständen wird hier, wie billig, nicht gedacht. Eben so gilt es als unmöglich, wenn die Freylassung eines Sklaven an die

(40. 7.). — In der ersten dieser Stellen wird eine solche Bedingung *falsa* conditio genannt, sehr passend, da die Unmöglichkeit nur auf falschen factischen Voraussetzungen beruht.

(s) So z. B. wenn Einer 100 zahlen soll, und diese aus Armuth nicht aufbringen kann. Vgl. *L.* 137 § 4 *de verb. oblig.* (45. 1.).

Bedingung geknüpft wird, dem Erben Fünf Millionen Thaler unsres Geldes zu zahlen; dennoch wäre es nicht undenkbar, daß irgend ein Reicher diese ungeheure Summe für die Freyheit des Sklaven aufopfern wollte (t).

Nur diejenige Unmöglichkeit aber kann als solche gelten, welche eine bleibende Natur hat, also nicht von dem Wechsel der Zeit und der Umstände abhängt. Ist daher ein Ereigniß zur Zeit des Rechtsgeschäfts möglich, so wird es bey später eintretender Unmöglichkeit keinesweges in eine unmögliche Bedingung verwandelt (welche neben einer testamentarischen Verfügung als nicht geschrieben gelten würde), sondern vielmehr in eine vereitelte, so daß dadurch die Erbeinsetzung oder das Legat selbst entkräftet werden (u). Eben so wird auch im umgekehrten Fall die zur Zeit des

(t) *L.* 6 *de cond. inst.* (26. 7.), *L.* 4 § 1 *de statulib.* (40. 7.). „... aut si *tam difficilem, immo pene impossibilem* conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi millies dedisset" .... Die Vulgata liest mille (könnte heißen 50 Thaler, oder auch 50000, je nachdem man kleine oder große Sesterze hinzudenkt), was in diesem Zusammenhang keinen befriedigenden Sinn giebt. Die Florentinische Lesart miles führt auf die sehr nahe liegende Emendation milies für millies. Dieses aber heißt tausendmal 100,000 Sesterze, oder Fünf Millionen Thaler, welches offenbar das Richtige ist. — Übrigens ist hier nur von der Gleichstellung der unerschwinglich hohen Summe mit der Unmöglichkeit die Rede; die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung des Falles selbst wird weiter unten erklärt werden (§ 124. h).

(u) *L.* 94 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 19 *L.* 20 § 3 *de statulib.* (40. 7.), *L.* 23 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.). — So z. B. wenn ein Legat an die Bedingung geknüpft wird, daß der Legatar dem Titius Hundert gebe; stirbt Titius nach gemachtem Testament, so ist die Bedingung vereitelt, und das Legat ist ungültig. Anders bey der Freylassung unter gleicher Bedingung, weil diese hierin eine besondere Begünstigung genießt. Vgl. § 119. m und Sell S. 55.

Rechtsgeschäfts unmögliche Bedingung, wenn die Unmöglichkeit eine veränderliche Natur hat, als wahre und gültige Bedingung behandelt, bey deren Hinzufügung der Urheber gerade an die vielleicht später eintretende Möglichkeit gedacht haben wird. So z. B. ist gültig das einer Sklavin unter der Bedingung ihrer künftigen Ehe hinterlassene Legat, obgleich sie zur Zeit des Testaments als Sklavin einer Ehe unfähig ist; man muß nämlich abwarten, ob sie künftig freygelassen werde, und dann eine Ehe schließe (v). Nur muß freylich die Veränderung, wodurch die Möglichkeit herbeygeführt werden kann, von der Art seyn, daß man sie als ein gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereigniß wohl erwarten kann (wie z. B. die Freylassung eines Sklaven); außerdem wäre die Rücksicht auf sie nicht natürlich, nach Umständen sogar tadelnswerth, und die Bedingung müßte als eine schlechthin unmögliche behandelt werden. Dahin gehören z. B. die Bedingungen, wenn ein freyer Mensch Sklave werden, oder wenn eine res sacra zur profana gemacht werden sollte (w). — Aber ganz dasselbe muß auch bey Verträgen gelten. Wenn also Einer

(v) *L.* 58 *de cond.* (35. 1.).

(w) *L.* 83 § 5 *de verb. oblig.* (45. 1.). „... ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum cum servus erit dare spondes? item: eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari? quia .. ea duntaxat, *quae natura sui possibilia sunt,* deducuntur in obligationem ... et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, *neque civile, neque naturale est.*" ... *L.* 34 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.) „nec enim fas est, ejusmodi casus exspectare." Vgl. § 2 *J. de inut. stip.* (3. 20.). — Eben so gilt es als etwas Natürliches und Gewöhnliches, daß

dem Andern für die künftige Ehe der unmündigen Tochter deſſelben eine Brautgabe verſpricht, ſo iſt dieſes Verſpechen gewiß gültig, obgleich zur Zeit des Vertrags die Tochter eben ſo unfähig zur Ehe iſt, wie jene Sklavin zur Zeit des gemachten Teſtaments. Denn gerade die Beachtung veränderlicher Umſtände iſt ja der Natur der auf eine unbeſtimmte Zukunft gerichteten Bedingungen im höchſten Grade angemeſſen. Eben darum verhält es ſich anders, wenn die vertragsweiſe unbedingt verſprochene Handlung ſelbſt eine verbotene Natur hat; hier iſt der Vertrag ungültig, ſelbſt wenn die Handlung ſpäter durch veränderte Umſtände einen erlaubten Character annehmen könnte (x). Denn die aus dem Vertrag entſpringende Obligation iſt nicht, wie eine Bedingung, auf unbeſtimmte Zukunft berechnet, ſondern auf die Gegenwart, und wenn ſie in dieſer einen unerlaubten Character hat, ſo iſt der Vertrag ſchlechthin ungültig (y). Endlich iſt auch bey den Bedingungen nur diejenige Veränderlichkeit zu beachten, die aus den faktiſchen Zuſtänden hervorgeht, nicht die welche eine Veränderung geſetzlicher Vorſchriften vorausſetzt. Wenn alſo Etwas verſprochen wird unter der Bedingung, daß eine

ein Deportirter, aber nicht daß ein servus poenae, begnadigt werde und die Civität wieder erlange. *L.* 59 § 1. 2 *de cond.* (35. 1.).

(x) So z. B. wenn eine Ehe zwiſchen Adoptivgeſchwiſtern durch Vertrag verabredet wird, obgleich dieſe Ehe durch ſpätere Emancipation des einen Theils zuläſſig werden kann. *L.* 35 § 1 *de verb. oblig.* (45. 1.).

(y) Darauf alſo, und nicht auf die Beurtheilung der Bedingungen, iſt zu beziehen *L.* 144 § 1 *de R. J.* (50. 17.). „In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus."

res sacra oder religiosa veräußert werde, so ist der Vertrag schlechthin ungültig, obgleich es denkbar wäre, daß durch ein neues Gesetz auch diese Sachen dem freyen Verkehr überlassen würden (z); denn auf die Veränderlichkeit der factischen Zustände zu rechnen, liegt in der Natur der Bedingungen, aber nicht auf die Veränderlichkeit der Rechtsregeln.

§. 122.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unsittliche.

Nach der Lehre neuerer Schriftsteller giebt es eine dreyfache Unmöglichkeit der Bedingungen: physische, juristische, moralische, je nachdem in den Gesetzen der Natur, des Rechts, oder der Sittlichkeit, der Grund der Unmöglichkeit

(z) *L.* 137 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.). „... nec ad rem pertinet, *quod jus mutari potest*, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: *non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis*, aestimari debet stipulatio." (Allerdings könnte man die Stelle auch beziehen auf die in der Note w erwähnten Veränderungen, doch scheint mir die hier angenommene Erklärung natürlicher. Gleich wahr sind ohnehin beide denkbare Bedeutungen, denn auch eine Veränderung der gesetzlichen Regel gehört nicht zu den gewöhnlichen Ereignissen, auf deren Erwartung man Rechtsgeschäfte einzurichten pflegt). Ganz dasselbe muß aber in dieser Hinsicht auch von Erbeinsetzungen und Legaten gelten. — Sell S. 47. 51 übersieht die wesentliche Verschiedenheit des Inhalts der in den vorhergehenden Noten benutzten Stellen, und behauptet deshalb mit Unrecht, einen Unterschied zwischen Verträgen und Testamenten; der Vertrag soll nämlich ungültig seyn und bleiben, wenn die Bedingung zur Zeit des Abschlusses eine unmögliche war, mag sie auch durch spätere Veränderung der Umstände möglich werden.

enthalten ist (a). Die Auffassung ist darum zu verwerfen, weil sie die verschiedensten Begriffe als gleichartig behandelt, da doch höchstens von einer Gleichstellung in der Wirkung die Rede seyn kann; und weil sie eben deshalb genöthigt ist, in der Wirkung vollkommene Gleichheit anzunehmen, anstatt daß nur eine beschränkte behauptet werden darf (b).

Das Wesen der unmöglichen Bedingungen besteht darin, daß ihnen der Grundcharacter wahrer Bedingungen, die Ungewißheit des Erfolgs, gänzlich fehlt, daß also bey ihnen weder der menschlichen Freyheit, noch dem Zufall, irgend ein Spielraum übrig bleibt. Mit diesen nun werden in jener Lehre als gleichartig zusammengestellt diejenigen Handlungen, welche entweder durch Rechtsregeln oder durch Regeln der Sittlichkeit misbilligt werden. Diese sind aber völlig frey, bey ihnen ist es ganz ungewiß, ob sie geschehen oder nicht geschehen werden, und sie sind daher dem Grundcharacter der Bedingungen, welchem die unmöglichen widersprechen, ganz angemessen. Die größte Verwirrung der Begriffe aber entsteht in jener Lehre dadurch, daß durch den Namen der juristischen Unmöglichkeit zwey völlig verschiedene Fälle zusammen geworfen werden:

(a) Sehr vollständig ist diese herrschende Ansicht dargestellt von Sell S. 19 fg. — Consequenterweise mußte man nun auch von einer dreyfachen Nothwendigkeit sprechen; daß dieses gewöhnlich nicht geschah, erklärt sich wohl aus der geringeren Erheblichkeit, die überhaupt die Betrachtung der nothwendigen Bedingungen hat.

(b) Sehr treffend ist dieses bereits bemerkt von Arndts S. 172 fg. S. 182. 183.

das Testament oder die Ehe eines Unmündigen ist juristisch unmöglich, der Diebstahl dagegen ist durchaus möglich; aber durch Rechtsregeln untersagt; von jenen Handlungen also wissen wir gewiß, daß sie nicht eintreten werden, bey dem Diebstahl bleibt dieses ungewiß.

Wir haben also hier vielmehr diejenigen Bedingungen zu betrachten, die entweder widerrechtlich (c), oder nur unsittlich sind; da jedoch das Widerrechtliche stets zugleich unsittlich ist, so ist es völlig genügend, wenn wir den einfachen Ausdruck unsittlicher Bedingungen gebrauchen, und darunter diejenigen verstehen, deren Inhalt eine unsittliche Handlung oder Unterlassung ist.

Diese unsittlichen Bedingungen nun werden in der Wirkung den unmöglichen gleichgestellt. Zwar wörtlich findet sich diese Gleichstellung in der dafür gewöhnlich angeführten Hauptstelle nur beyläufig und indirect, indem nur ausgesprochen wird, daß die unsittliche Bedingung als eine nichtpotestative anzusehen sey, so daß man Keinem vorhalten dürfe, es stehe in seiner Macht eine Handlung vorzunehmen, sobald diese Handlung sittlich verwerflich sey (d). Allein der Sache nach läßt sich jene Gleichstel-

(c) Also gegen Leges, Senatusconsulta, Kaiserconstitutionen, das Edict u. s. w. *L.* 14. 15 *de cond. inst.* (28. 7.). Wo dieses zweifelhaft war, konnte vom Kaiser eine Aufhebung der Bedingung erbeten werden, *L.* 2 § 44 *ad Sc. Tert.* (38. 17.). — Das in fraudem legis steht hier, wie überall, dem contra legem gleich. *L.* 64 § 1, *L.* 79 § 4 *de cond.* (35. 1.), *L.* 7 *de cond. inst.* (28. 7.). — Auch was der publica utilitas entgegen ist, gehört dahin. *L.* 13 § 1 *ae pollic.* (50. 12.).

(d) *L.* 15 *de cond. inst.* (28. 7.). „Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus

lung nicht bezweifeln, da ſich hier derſelbe charakteriſtiſche Unterſchied zwiſchen Verträgen und teſtamentariſchen Verfügungen findet, wie bey den unmöglichen Bedingungen: Verträge werden durch ſie entkräftet, Erbeinſetzungen und Legate werden in unbedingte verwandelt.

Das Wichtigſte jedoch beſteht darin, daß jene Gleichſtellung keinesweges allgemein gilt, ſondern nur inſofern ſie zur Aufrechthaltung der Sittlichkeit unentbehrlich iſt, das heißt nur

inſofern durch die Wirkſamkeit einer ſolchen Bedingung das Schlechte befördert werden würde.

Dieſe Beziehung allein iſt es, woraus wir mit Sicherheit beurtheilen können, in welchen Fällen eine anomaliſche Behandlung ſolcher Bedingungen eintreten oder nicht eintreten müſſe; die Fiction, daß dem Menſchen, vermöge ſeiner ſittlichen Natur, das Schlechte unmöglich ſey, iſt zu dieſer ſicheren Beurtheilung keinesweges ausreichend, ſie dient nur dazu, den allgemeinen Zuſammenhang der Gedanken anzugeben, unter welchen dieſe Bedingungen gebracht werden.

Der Hauptfall, in welchem jener Grundſatz zur An-

heres quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si conditio non esset in ejus potestate:* nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt: *nec facere nos posse credendum est.*" Die Stelle iſt von Papinian, aus deſſen Munde dieſe Worte beſonders wohl klingen, da er ihnen durch ſeinen Tod treu geblieben iſt. — Unmittelbarer iſt die Gleichſtellung anerkannt in *L.* 137 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.), ſ. die folgende Note.

wendung kommt, ist der, wenn die Bedingung selbst eine schlechte Handlung Desjenigen, der ein Recht erwerben soll, enthält, so daß eben diese Handlung, durch die Aussicht auf den daran geknüpften Gewinn, bewirkt werden soll. Geschieht dieses in einem Vertrag, so ist der ganze Vertrag ungültig (e): geschieht es in einem Testament, so gilt die Bedingung als nicht geschrieben, und die Erbeinsetzung oder das Legat werden unbedingt (f); beides völlig so, wie wenn die in der Bedingung ausgedrückte Handlung unmöglich gewesen wäre.

Außerdem gilt jene Gleichstellung auch noch in folgendem Fall, aber mit umgekehrter Wirkung. Wenn ein Vater seinen Suus unter einer unsittlichen Bedingung zum Erben einsetzt, so konnte der sittliche Zweck dadurch erreicht werden, daß die Bedingung als nicht geschrieben, folglich die Erbeinsetzung als unbedingt, und daher als gültig be-

(e) *L.* 123 *de verb. oblig.* (45. 1.). „*Si flagitii faciendi* vel facti *causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.*" Flagitii *faciendi* causa, das ist eben der Fall einer unwürdigen Handlung, unter deren Bedingung ein Lohn versprochen wird, die also durch dieses Versprechen bewirkt werden soll. — *L.* 137 § 6 *eod.* „Cum quis sub hac conditione stipulatus sit ... ubi .. *id facere ei non liceat:* nullius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset*" ... Der größte Theil der Stelle geht auf solche Bedingungen, die wirklich unmöglich sind, aber aus juristischen Gründen (§ 121).

(f) *L.* 9 *de cond. inst.* (28. 7.) „remittendae sunt," *L.* 14 *eod.* „... pro non scriptis habentur, et perinde ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas, legatumve." *L.* 27 *pr. eod., L.* 5 *C. de institut.* (6. 25.), Paulus III. 4 B. § 2 „nullius sunt momenti."

handelt würde. Hier soll es aber vielmehr bey jener Gleichstellung bleiben: die Handlung gilt als unmöglich, die Bedingung ist daher nichtpotestativ, folglich fehlt es an einer Erbeinsetzung des Suus in gesetzlicher Form, das ganze Testament ist nichtig, und der Sohn wird Intestaterbe (Note d). Hier wird also der sittliche Zweck durch Vernichtung der ganzen Verfügung erreicht, immer aber indem die Gleichstellung des Unsittlichen mit dem Unmöglichen festgehalten wird.

Dagegen kann von jener Gleichstellung nicht die Rede seyn, überall wo der sittliche Zweck sie nicht nöthig macht, oder sogar durch sie gefährdet werden würde. Hier wird stets Dasjenige angenommen, was zu jenem Zwecke führt, und es findet sich keine ähnliche Fiction, wie die bisher betrachtete, wodurch ein gleichförmiger Gesichtspunkt gewonnen werden könnte. Dieses wird in folgenden Fällen anschaulich werden.

Wenn Einer eine Conventionalstrafe verspricht, unter der Bedingung, daß er eine unsittliche Handlung begehen werde, so ist dieser Vertrag völlig gültig, da durch denselben dem Schlechten geradezu entgegen gearbeitet wird (g).

(g) *L.* 1. 2 *C. si mancipium* (4.56.), *L.* 121 § 1 *de verb. oblig.* (45. 1.). Die letzte Stelle sagt: wenn ein Mann seiner Frau eine Conventionalstrafe verspricht für den Fall, daß er künftig wieder mit einer früheren Concubine leben werde, so ist diese Stipulation „quae *ex bonis moribus* concepta fuerat" gültig. — Zweifel könnte erregen *L.* 19 *de verb. oblig.* (45. 1.): wenn ein Ehegatte für die durch seine Schuld bewirkte Ehescheidung eine Geldstrafe verspricht, so ist das ungültig „quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis." Man könnte nämlich

Wollte man hier das Unsittliche als unmöglich ansehen, so wäre das Versprechen ungültig (§ 121. k.). — Eben so, wenn der Testator seinem Erben ein Legat auflegt, für den Fall, daß der Erbe eine schlechte Handlung begienge; das Legat muß bezahlt werden, sobald die Handlung geschieht, außerdem nicht (h). Stände diese Bedingung einer unmöglichen gleich, so müßte sie als nicht geschrieben behandelt werden (§ 121. m.). — Eben so endlich ist in Verträgen und Testamenten die auf die schlechte Handlung eines Dritten gestellte Bedingung in der Regel erlaubt und wirksam. Ergiebt es sich aus den besonderen Umständen, daß diese Bedingung das Schlechte zu befördern dient, so müßte sie allerdings die Natur einer unsittlichen Bedingung annehmen. Allein die absolute Gleichstellung würde auch hier mit Unrecht dahin führen, selbst da wo dieser besondere Umstand nicht vorhanden wäre,

diese Worte als ein allgemeines Verbot jeder vertragsmäßigen Strafanstalt, neben der in den Strafgesetzen des Staats enthaltenen, ansehen. So sind sie aber nicht zu verstehen, sie gehen blos auf den Fall der Ehe, und enthalten den auch sonst unzweifelhaften Rechtssatz, daß die Freyheit der Eingehung und Fortsetzung einer Ehe nicht durch Privatwillkühr, also auch nicht durch Conventionalstrafen, eingeschränkt werden dürfe. *L.* 134 *pr. de verb. oblig.* (45. 1.), *L.* 2 *C. de inut. stip.* (8. 39.). Vgl. § 123. e.

(h) Das ältere Recht verbot alle legata poenae nomine, der Testator mochte dadurch gleichgültige oder pflichtmäßige Handlungen oder Unterlassungen des Erben erzwingen wollen; Justinian läßt sie im Allgemeinen zu, also auch für den Fall, daß der Erbe genöthigt werden sollte, ein Verbrechen zu unterlassen, oder eine Pflicht zu erfüllen (§ 117 Note l. m. n). Der einzige Fall, worin sie unzulässig sind, wird in der folgenden Note angegeben.

eine solche Bedingung schlechthin als eine unmögliche zu behandeln.

Wenn Jemand eine Conventionalstrafe verspricht, für den Fall, daß er ein Verbrechen unterlassen, oder eine Pflicht erfüllen werde, so ist die Ungültigkeit des Vertrags nicht zu bezweifeln, wenn auch keine Stelle in unsren Rechtsquellen diesen Fall namentlich erwähnen sollte. Wollte man die Gleichstellung des sittlichen Gebots mit dem Naturgesetz auch hier anwenden, so müßte man die Bedingung als eine nothwendige, folglich den Vertrag als unbedingt gültig behandeln (§ 121. g.). — Ganz eben so verhält es sich, wenn der Testator seinem Erben ein Legat als Strafdrohung für den Fall auflegt, wenn derselbe ein Verbrechen unterlassen, oder eine Pflicht erfüllen würde. Jene Gleichstellung würde auch hier darauf führen, die Bedingung als nothwendig und das Legat als unbedingt anzusehen; hier aber hat Justinian ausdrücklich die Ungültigkeit des Legats verordnet, die auch gewiß dem sittlichen Zweck am meisten entspricht (i).

Wenn sich Jemand Geld versprechen läßt, unter der Bedingung ein Verbrechen zu unterlassen, oder eine Pflicht zu erfüllen, so würde wiederum jene Gleichstellung darauf führen, die Bedingung als nothwendig, folglich den Vertrag als unbedingt und gültig zu betrachten; dennoch ist

(i) § 36 *J. de legatis* (2. 20.), *L. un. C. de his quae poenae* (6. 41.), am Ende beider Stellen. Es ist dieses der einzige Fall, worin das alte Verbot der legata poenae nomine noch jetzt fortdauert (Note h).

dieser Vertrag schlechthin ungültig (k), so daß also dabey jene Gleichstellung ganz ohne Anwendung bleibt. Diese Vorschrift ist deswegen räthselhaft, weil ja durch den erwähnten Vertrag der sittliche Zweck vielmehr gefördert erscheint. Man könnte den Grund darin suchen, daß durch den versprochnen Lohn die Reinheit der sittlichen Triebfeder gefährdet würde, indem nun aus Eigennutz unterbliebe, was aus Pflichtgefühl unterbleiben sollte; allein diese, für den Rechtsverkehr allzu feine, Rücksicht kann nicht gelten, denn sonst dürfte auch nicht eine Conventionalstrafe für den Fall einer Unsittlichkeit versprochen werden, die jedoch zulässig ist (l). Der wahre Grund liegt vielmehr darin, daß ein solcher Vertrag leicht zur unwürdigsten Speculation misbraucht werden kann, indem ein gedrohtes Verbrechen, oder eine verweigerte Schuldigkeit, den Andern, dem der Weg gerichtlicher Klage zu beschwerlich oder unsicher scheint, bewegen kann, den bösen Willen

(k) *L.* 7 §3 *de pactis* (2. 14.). „Si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione;" das heißt, wenn ich einem Andern Geld verspreche unter der Bedingung, daß er ein Verbrechen unterlassen werde. — Den Worten nach könnte die Stelle auch bezogen werden auf eine Conventionalstrafe unter der Bedingung, daß der promissor ein Verbrechen begehe; dann würde sie aber mit den in der Note g angeführten Stellen in geradem Widerspruch stehen.

(l) S. o. Note g. — Manche suchen das turpe darin, daß es überhaupt der Ehre zuwider sey, für eine Pflichtübung einen Geldvortheil anzunehmen. Man kommt leicht dahin, sich in solche moralische Übertreibungen hinein zu reden. Niemand hält es für anstößig, wenn einem Beamten für angestrengte Dienstleistung eine Gratification bewilligt, oder wenn Dem, der mit eigner Gefahr einem Andern das Leben rettet, ein Ehrengeschenk gereicht wird.

durch versprochnen Lohn zu überwinden. Diese Gefahr ist nicht vorhanden bey der Conventionalstrafe für den Fall eines Verbrechens, die daher ganz zulässig ist (Note g.). Sie ist auch nicht vorhanden, wenn ein Testator die Erbeinsetzung oder das Legat an die Bedingung knüpft, daß der Erbe oder Legatar das Schlechte unterlasse, oder eine Pflicht erfülle; hier ist von einem solchen Verbot der Bedingung in unsren Rechtsquellen gar nicht die Rede, welches aus dem angeführten Grunde des Unterschieds nicht als eine zufällige Auslassung angesehen werden darf. — Es ist aber noch besonders zu bemerken, daß die angeführte Rechtsregel in folgendem größeren Zusammenhang aufgefaßt werden muß, durch welchen jeder Zweifel über den hier entwickelten Grund verschwindet. Wenn nämlich für die Unterlassung eines Verbrechens oder die Erfüllung einer Pflicht Geld nicht blos versprochen, sondern baar bezahlt wird, so kann dieses gezahlte Geld mit der condictio ob turpem causam zurückgefordert werden (m). Daraus aber folgt von selbst das geringere Recht, ein bloßes Versprechen der Zahlung als ungültig zu behandeln (n).

(m) *L.* 2 *pr.* § 1. 2, *L.* 4 § 2, *L.* 9 *pr.* § 1. 2 *de cond. ob turpem* (12. 5.), *L.* 6. 7 *C. eod.* (4. 7.).

(n) *L.* 1 *C. de cond. ob turpem* (4. 7.). — Nämlich aus dem Recht auf die condictio, folgt überall das auf die exceptio, aber nicht umgekehrt. Wenn z. B. einem Richter Geld versprochen wird unter der Bedingung eines ungerechten Urtheils, so ist das Versprechen, wegen der unsittlichen Bedingung nicht bindend; ist das Geld aber schon gezahlt, so kann es der Geber nicht zurückfordern, weil auch ihn der sittliche Tadel trifft. *L.* 3 *de cond. ob turp.* (12. 5.).

Allein es folgt zugleich aus dieser Zusammenstellung, daß überall die Ungültigkeit nur insoweit behauptet werden kann, als dabey Derjenige, welcher gab oder versprach, durch Furcht oder Hoffnung bestimmt seyn konnte. Auch beziehen sich alle angeführte Stellen (Note k. m. n.) auf solche Fälle, worin ein eigenes Interesse des Gebers entweder augenscheinlich ist, oder als vorausgesetzt leicht hinzugedacht werden kann. Wenn dagegen Jemand einem Trunkenbold, um dessen Besserung zu befördern, eine Geldsumme verspricht unter der Bedingung, daß derselbe ein ganzes Jahr lang die Trunkenheit vermeide, so ist das Versprechen gültig, weil der Versprechende kein persönliches Interesse bey Erfüllung der Bedingung hat, also auch nicht zu befürchten ist, daß der Andere durch die Drohung, das Laster fortzusetzen, in unzulässiger Weise auf den Willen des Versprechenden einwirken werde.

§. 123.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unsittliche. (Fortsetzung.)

Bisher war von solchen Bedingungen die Rede, deren Gegenstand eine an sich selbst unsittliche Handlung ist. Es giebt aber auch mehrere Fälle, in welchen die an sich tadellose Handlung nur dadurch einen unsittlichen Character annimmt, daß sie eben zur Bedingung eines Rechts-

geſchäfts gemacht wird. Bey einigen derſelben finden ſich bedeutende Abweichungen von den über die unſittlichen Bedingungen im Allgemeinen (§ 122) aufgeſtellten Regeln.

I. In Beziehung auf Ehe ſind folgende Bedingungen unterſagt.

A. Die Bedingung der gänzlichen Eheloſigkeit, und zwar dieſe durch eine ausdrückliche Beſtimmung der Lex Julia (a). Dieſe Beſtimmung war ſehr natürlich in einem Geſetz, welches durch eine Reihe von Belohnungen und Strafen die Ehe auf alle Weiſe zu befördern ſuchte.

B. Die Eheſcheidung, wenn ſie eben ſo, wie dort die Eheloſigkeit, zur Bedingung eines Vermögensvortheils gemacht wird (b). Denn auch die Römer ſahen die Scheidung ſtets als ein Übel an, wozu der Entſchluß nur durch ſittliche Nothwendigkeit gerechtfertigt werden könne; die Einladung dazu durch Gründe des Eigennutzes mußte daher als unſittlich erſcheinen.

C. Unterwerfung unter fremdes Gutdünken bey der

(a) *L.* 22, *L.* 63 § 1, *L.* 72 § 5, *L.* 74, *L.* 77 § 2, *L.* 100 *de cond.* (35. 1.), *L.* 65 § 1 *ad Sc. Treb.* (36. 1.), Paulus III. 4 B. § 2. — Auch indirect, wenn unter dieſer Bedingung dem Vater oder dem Sohn Desjenigen, der ehelos bleiben ſoll, ein Legat zugewendet wird. *L.* 79 § 4 *de cond.* (35. 1.). Auch das Verbot der Ehe mit einer beſtimmten Perſon, wenn dieſe in einer Lage iſt, dann keine Ehe zu finden, alſo ehelos bleiben zu müſſen. *L.* 64 § 1 *de cond.* (35. 1.). — Ganz eigene Schickſale hat die Bedingung des Wittwenſtandes gehabt, d. h. der Eheloſigkeit nach einer früheren, durch den Tod aufgelöſten Ehe; dieſe Bedingung hat zuletzt Juſtinian als wirkſam zugelaſſen. Vgl. Sell S. 178.

(b) *L.* 8 § 1 *de usu* (7. 8.), *L.* 5 *C. de inst.* (6. 25.).

Wahl eines Ehegatten, als Bedingung eines Vermögensvortheils (c).

D. Conventionalstrafe, wodurch auf irgend eine Weise der freye Wille in Ehesachen gefährdet wird. Also Strafe für den Fall der Unterlassung einer bestimmten Ehe (d), eben so aber auch Strafe für den Fall der Scheidung (e).

Nach dem Ausdruck mancher der hier angeführten Stellen könnte man glauben, es wäre jede Bedingung unsittlich, wodurch irgend ein Einfluß des Eigennutzes auf solche Entschlüsse herbeygeführt werden könnte; so ist es jedoch nicht. Vielmehr werden folgende Bedingungen ausdrücklich als gültig und wirksam anerkannt. Am unbedenklichsten gültig ist die Erbeinsetzung oder das Legat unter der Bedingung, wenn der Honorirte überhaupt heurathe (f). Aber es gilt auch die Bedingung, eine be-

(c) *L.* 28 *pr.*, *L.* 72 § 4 *de cond.* (35. 1.), und zwar, nach dieser letzten Stelle, hauptsächlich deswegen, weil dieses zu gänzlicher Ehelosigkeit führen konnte: „eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur." Vgl. oben § 119. t.

(d) *L.* 71 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 134 *pr. de verb. oblig.* (45. 1.). „... quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta." In dem Fall der letzten Stelle sollte nicht einmal von der Frau selbst, die nicht heurathen wollte, sondern von den Erben ihres Vaters, der den Vertrag geschlossen hatte, die Strafe bezahlt werden; selbst diese Bestimmung des Vertrags wird für ungültig erklärt.

(e) *L.* 2 *C. de inut. stip.* (8. 39.) (der Grund ist: „Libera matrimonia esse antiquitus placuit"). *L.* 134 *pr. de verb. oblig.* (45. 1.) verb. „sive jam contracta" (Note d). *L.* 19 *eod.* (s. § 122. g).

(f) Sell S. 162. Die Zulässigkeit folgt ohnehin schon aus der folgenden Bedingung, worin auch diese mit enthalten ist, nur mit weit größerer Beschränkung der Freyheit.

stimmte Person zu heurathen (g), oder nicht zu heurathen (h), welches letzte besonders zweifelhaft scheinen konnte. Ja sogar ist es an sich gültig, und nur nach individuellen Umständen ungültig, wenn ein Mann einer Frau (oder umgekehrt) Geld verspricht, unter der Bedingung, daß sie ihn heurathe (i). Denkt man nämlich diesen Fall so, daß der Entschluß bezahlt, der Widerwille abgekauft werde, so ist gewiß der Vertrag unwürdig und ungültig; aber er kann auch einen ganz andern und tadellosen Sinn haben.

(g) *L.* 63 § 1, *L.* 71 *pr.* § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 2 *C. de inst.* (6. 25.). — Ist freylich die Ehe mit jener Person unanständig, so ist die Bedingung ungültig, nicht blos weil überhaupt dem Honorirten etwas Unanständiges zugemuthet wird, sondern auch weil darin die indirecte Bedingung liegt, nun überhaupt gar nicht zu heurathen. *L.* 63 § 1 *cit.* — Schlägt die bezeichnete Person die Ehe aus, so gilt die Bedingung als erfüllt (§ 119. c). — Eine besondere Gestalt dieses erlaubten Falles liegt in dem Legat an zwey Personen, unter der Bedingung, daß diese unter sich eine Ehe eingehen. *L.* 31 *de cond.* (35 1.).

(h) *L.* 63 *pr.* *L.* 64 *pr. de cond.* (35. 1.), mit Ausnahme des in der Note a berührten Falles aus *L.* 61 § 1 *eod.*

(i) *L.* 97 § 2 *de verb. oblig.* (45. 1.). „Si tibi nupsero, decem dare spondes? *causa cognita* actionem denegandam puto: *nec raro* probabilis causa ejusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est." Sell S. 175 hat diese Stelle mehrfach misverstanden. Zuerst indem er die negative Kraft übersieht, die das causa cognita (hier wie in vielen anderen Stellen) hat; es heißt: *nonnisi* causa cognita, nur unter besonderen, aus der Untersuchung hervorgehenden, Umständen. Dann indem er die verbotene Schenkung unter Ehegatten mit hereinzieht, von der dieser Fall gar nicht berührt wird, da es ein datum ob causam ist. Bey dem Mann soll es sich eben so verhalten wie bey der Frau (item), also auch causa cognita und nec raro. Das non in dotem geht darauf, daß die dotis stipulatio ein höchst gewöhnlicher, ja auf alle Weise gepflegter und begünstigter Vertrag war, bey dem es widersinnig gewesen wäre, die Gültigkeit auch nur zu bezweifeln, oder von einer causae cognitio abhängig zu machen.

Wenn die Frau bisher ihre armen Eltern durch Arbeit ernährte, und nun durch die versprochene Summe versorgen will, wenn sie das Geld dem Mann als Dos zurückgeben will, um für den Fall des Wittwenstandes ihren Unterhalt zu sichern, so ist gegen die Absicht eines solchen Vertrags Nichts einzuwenden.

Vergleicht man diese erlaubten Fälle mit den unerlaubten, so ergiebt sich Folgendes. Conventionalstrafen sind ungültig, wenn sie auf irgend eine Weise die Entschlüsse in Ehesachen zu leiten bestimmt sind. Vermögensvortheile können in der Regel auch an solche Entschlüsse, als gültige Bedingungen, geknüpft werden. Schlechthin verboten, als solche Bedingungen, sind: Eheloſigkeit, Ehescheidung, Unterwerfung des Entschlusses unter fremde Willkühr. In anderen Fällen kann nur durch die besonderen Umstände die Bedingung als eine unsittliche erscheinen. — Im Ganzen also hat hier die Ansicht eingewirkt, daß Strafen meist gefährlicher für die Willensfreyheit seyen, als angebotene Vortheile. Diese Ansicht aber findet ihre Rechtfertigung nicht nur in der Natur der menschlichen Empfindung überhaupt, sondern auch noch in folgendem Umstand. Vermögensvortheile sind gar nicht immer (so wie Conventionalstrafen) dazu bestimmt, als eigennützige Reizmittel auf den Willen einzuwirken, sondern sie können auch dazu dienen, dem ohnehin vorhandenen tadellosen Willen die Ausführung möglich zu machen. Wenn z. B. die Tochter eines armen oder geizigen Vaters

einen armen Mann zu heurathen, oder einen ihr widerwärtigen Reichen auszuſchlagen geneigt iſt, ſo kann ihr ein wohldenkender Teſtator zu Hülfe kommen, indem er ihr ein anſehnliches Legat ausſetzt, unter der Bedingung jenen Armen zu heurathen, oder dieſem Reichen die Ehe zu verſagen.

II. Wegen übertriebener Beſchränkung der natürlichen Freyheit iſt für unerlaubt erklärt die Bedingung, daß ein Legatar ſeinen Aufenthalt nicht nach freyer Wahl beſtimme, ſondern entweder ſtets an einem beſtimmten Ort wohne, oder ſeinen Wohnſitz von dem eines Andern abhängig mache (k). Ausnahmsweiſe jedoch konnte der Patron ſeinen Freygelaſſenen eine ſo beſchränkende Bedingung gültig auferlegen (l).

III. Eben ſo gilt als unſittlich die Conventionalſtrafe, die Einer unter der Bedingung zu zahlen verſpricht, wenn er nicht den Andern zum Erben einſetzen werde (m). Es wird nämlich für durchaus nothwendig erachtet, daß Jeder bis zu ſeinem Tode ein völlig freyes Urtheil über das den Umſtänden jeder Zeit angemeſſene Schickſal ſeines Vermögens behalte.

IV. Unſittlich iſt ferner, nach der von Vielen aufgeſtellten, mit guten Gründen unterſtützten, Behauptung, die auf Änderung oder Nichtänderung des Religionsbekennt-

(k) *L.* 71 § 2 *de cond.* (35. 1.). Vgl. Sell S. 189.

(l) *L.* 71 § 2, *L.* 13 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 44 *de manum. test.* (40. 4.), *L.* 18 § 1. 2 *de alim.* (34. 1.), ferner die in § 119 Note s angeführte Stellen.

(m) *L.* 61 *de verb. oblig.* (45. 1.).

nisses gerichtete Bedingung (n). Jeder dieser Entschlüsse nämlich ist an sich selbst bloße Gewissenssache, und von dem Standpunkt des Rechts aus tadellos. Allein der Einfluß von Gewinn und Verlust auf diese innerste Angelegenheit des Menschen ist gewiß in hohem Grade bedenklich, und wir verfahren daher ganz im Sinn der vom Römischen Recht für andere Fälle aufgestellten Grundsätze, wenn wir diese Bedingung als unsittlich behandeln, so daß durch die Aufnahme derselben der Vertrag selbst ungültig, die testamentarische Verfügung dagegen unbedingt wird.

Die bisher dargestellten Fälle hatten die gewöhnliche Wirkung unsittlicher Bedingungen überhaupt (§ 122). Die folgenden weichen davon in verschiedener Weise ab; diese beziehen sich insgesammt nur auf testamentarische Verfügungen, nicht auf Verträge.

V. Conditio jurisjurandi, das heißt die Bedingung, daß der ernannte Erbe oder Legatar irgend eine künftige Leistung (Geben oder Thun) zuvor eidlich verspreche. Betrachten wir zuerst, was geschehen würde, wenn diese Bedingung nicht untersagt worden wäre. Der Eid müßte geschworen werden; dann wäre die Bedingung vollkommen erfüllt, und von einer weiteren juristischen Folge

(n) Sell S. 142, wo diese Frage sehr befriedigend behandelt ist. Später hat sich Vangerow Pandekten I. 110 für die unbeschränkte Zulässigkeit dieser Bedingung erklärt.

wäre nicht die Rede. Die Vollziehung der angelobten Handlung selbst bliebe dem Gewissen überlassen, ein Rechtsschutz bestände dafür nicht, weil sich der Testator blos an das Gewissen wenden wollte, anstatt daß es bey ihm gestanden hätte, nicht den Eid auf die Handlung, sondern die Handlung selbst, als Bedingung auszudrücken (o). — Daß nun dieses so geschehe, hat das Prätorische Edict untersagt, und zwar aus folgender Erwägung. Leichtsinnige Menschen würden den Eid schwören, und dann unerfüllt lassen; damit wäre die Religion verhöhnt, die Erwartung des Testators getäuscht, und die unwürdigste Gesinnung führte zu einem unverdienten Gewinn. Andere würden aus übertriebener Ängstlichkeit lieber Alles ausschlagen, um nur nicht schwören zu müssen (p), und auch

(o) So sagt es wörtlich Ulpian in *L.* 8 *pr de cond. inst.* (28. 7.), am Schluß dieser Stelle. Es ist also ganz irrig, wenn Manche annehmen, nach dem Inhalt des Testaments bestehe eine doppelte, rechtlich geschützte Verpflichtung, erstlich zu schwören, und zweytens die Handlung selbst zu verrichten. Thibaut Pandekten § 954 Num. III. Sell S. 235. — Die zweyte Verpflichtung ist nach dem Testament gar nicht vorhanden, und entsteht erst durch die künstliche Verwandlung, wovon sogleich die Rede seyn wird.

(p) So erklärt es Ulpian in *L.* 8 *pr. de cond. inst.* (28. 7.), und diese Äußerung wird von Walch opusc. I. 188 aus dem unbegreiflichen Misverständniß bestritten, als ob Ulpian läugnen wollte, daß es auch noch eine dritte Klasse gebe, nämlich Menschen von verständiger Religiosität, die unbedenklich schwören, dann aber auch den Eid gewissenhaft erfüllen werden. Die Meynung ist aber die: wären alle Menschen verständig und religiös, so wäre die conditio jurisjurandi unbedenklich, da aber auch jene beiden Klassen existiren, und der Honorirte eben so wohl zu diesen, als zu den verständig Gewissenhaften gehören kann, so ist die Bedingung nicht zuzulassen.

dadurch würde die Erwartung des Testators getäuscht werden. Diese mögliche Verleitung zur Unsittlichkeit, verbunden mit dem höchst unvollkommnen Schutz für den Willen des Verstorbenen, hat das Verbot veranlaßt (q). Die erste Maasregel des Prätors besteht nun darin, daß er die Bedingung misbilligt und als nicht geschrieben betrachtet (*remittit* Praetor conditionem) (r). Bliebe er dabey stehen, so wäre der Wille des Verstorbenen, der ja doch nicht etwas an sich Schlechtes verlangte, eigenmächtig verändert. Man hätte nun die zu beschwörende Handlung selbst unmittelbar als Bedingung behandeln können (und das nehmen wirklich Manche an); damit aber wäre man über den Willen weit hinaus gegangen, denn die

(q) Irrige Erklärungsgründe sind folgende. Nach Walch opusc. I. 191 die Lehre der Stoiker, daß der Eid zu heilig sey, um wegen irdischer Vortheile gebraucht zu werden. Allein wie paßt dazu das von den Römern so hoch gehaltene und so häufig angewendete jusjurandum delatum, welches ja auch stets des Vermögens wegen gebraucht wird? — Sell S. 235 meynt, es sey schimpflich für den Honorirten gewesen, daß man sich nicht mit seiner ohnehin vorhandenen Obligation zu der Handlung begnügen wollte, sondern noch daneben, aus Mistrauen, einen Eid forderte. Allein eben jene andere Obligation ist gar nicht vorhanden (Note o), und wäre sie da, so würde eine Bestärkung derselben durch Eid eben so wenig kränkend seyn, als eine Bestärkung durch Caution es ist, die doch gewiß der Testator nach Belieben auflegen kann. Sell ist getäuscht worden durch die Ausdrücke turpis und turpiter (*L.* 8 *pr. de cond. inst.*, *L.* 20 *de cond.*); diese aber bedeuten nicht nothwendig eine Beschimpfung, sondern auch Alles, wodurch sittliche Interessen verletzt oder gefährdet werden.

(r) *L.* 26 *pr.* *L.* 20 *de cond.* (35. 1.), *L.* 8 *pr.* § 1—5 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 29 § 2 *de test. mil.* (29. 1.), *L.* 14 § 1 *de leg.* 3 (31. un.). — Mit Unrecht wird wohl darauf bezogen *L.* 112 § 4 *de leg.* 1 (30. un.), welche Stelle eher auf einen von dem Testator selbst niedergeschriebenen Eid zu deuten ist.

Handlung hätte nun jedesmal vor dem Erwerb geſchehen müſſen, was der Teſtator gar nicht verlangt hatte, und dadurch wäre bey Legaten die neue Gefahr entſtanden, das ganze Recht (wegen des ſpäteren dies cedens) zu verlieren. Das geſchieht alſo nicht, vielmehr wird die ganze Verfügung durchaus eine unbedingte (s). Allein man zwingt nun hinterher den Erben oder Legatar, die Handlung, die er hätte beſchwören ſollen, wirklich zu vollziehen, oder mit anderen Worten, man verwandelt die Bedingung in einen Modus (t). Dadurch iſt der Wille des Teſtators viel mehr, als durch den Eid, geſichert, und die oben erwähnte ſittliche Gefahr iſt gänzlich abgewendet.

(s) Dieſer Satz, den Manche verkennen (Sell S. 253), iſt der wichtigſte. Er liegt vor Allem ſchon in der oft erwähnten *remissa* conditio; dann iſt er anerkannt in *L.* 26 *pr. de cond.* (35. 1.), und in *L.* 8 § 7 *de cond. inst.* (28. 7.) (vgl. § 119. u), am deutlichſten aber in *L.* 8 § 8 *eod.* Zwey Umſtände haben den Irrthum veranlaßt; erſtlich der in § 7 gebrauchte Ausdruck conditio, der ſich daraus erklärt, daß das Ganze urſprünglich als conditio gefaßt war: zweytens *L.* 8 § 6 *eod.*, nach welchem der Erbe in dieſem Fall die Klagen aus der Erbſchaft nicht eher haben ſoll, als bis er zuvor die Handlung vollzogen hat. Allein dieſes iſt bey einem Univerſalerben gerade das eigentliche Mittel, einen Modus zu erzwingen; auch unterſcheidet ſich die Einwirkung dieſer Zwangsmittel weſentlich von der Einwirkung einer auf dieſelbe Handlung] gerichteten Bedingung. Denn dem Erben wird hier doch nur die Ausübung gewiſſer erbſchaftlicher Rechte entzogen; das Erbrecht ſelbſt iſt ihm ſchon völlig erworben, und wird bey ſeinem Tod auf ſeine Erben übertragen. Iſt es dagegen Bedingung, und ſtirbt er vor deren Erfüllung, ſo geht Nichts auf ſeine Erben über.

(t) Vgl. die drey in der Note s zuerſt angeführte Stellen. — Hierin liegt nun eben die wichtige praktiſche Verſchiedenheit dieſes Falles von den eigentlich unſittlichen Bedingungen, indem dieſe ſpurlos vernichtet werden.

Jedoch ist dieses Alles nur als ein Recht des bedingt Honorirten zu betrachten (*remittit* conditionem). Verboten ist der Eid nicht, und leistet ihn der eingesetzte Erbe freywillig, so thut er damit nichts Unerlaubtes, vielmehr liegt darin eine gültige pro herede gestio (u). Aber freylich die Verwandlung in einen Modus bleibt daneben doch bestehen, sonst wäre die ganze Maasregel ohne Zweck und Erfolg.

Die Bedingung des Eides aber ist ausnahmsweise (v) in folgenden Fällen gültig. Zuerst wenn einer Stadtgemeine unter der Bedingung eines Eides Etwas hinterlassen ist, so müssen ihre Verwaltungsbeamte schwören (w). Der Grund der Ausnahme liegt wohl darin, daß eine Stadt weder leichtsinnig, noch abergläubisch seyn kann, die Gesinnung der Beamten aber ungefährlich ist, weil diese kein eigenes Interesse haben. — Zweytens wenn ein Sklave unter der Bedingung irgend eines eidlichen Versprechens freygelassen wurde (x). Der Grund liegt darin, daß die meisten Handlungen, die man einem Freyen als Bedingung auflegen kann, von einem Sklaven wegen seiner Rechtlosigkeit nicht vollzogen werden können. Nun war

(u) *L.* 62 *pr. de adquir. her.* (29. 2.). Hier heißt es: si juraverit, heres esto. Das haben Manche so verstanden, als wäre ein Eid ohne Inhalt vorgeschrieben gewesen. Offenbar hat der Jurist nur den (hier gleichgültigen) Inhalt weggelassen.

(v) *L.* 20 *de cond.* (35. 1.). „Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendae sint: quo in numero *plerumque* sunt etiam jurisjurandi." Das plerumque deutet auf Ausnahmen.

(w) *L.* 97 *de cond.* (35. 1.), s. o. § 92. n.

(x) *L.* 12 *pr.* § 1 *de manum. test.* (40. 4.).

allerdings auch der vom Sklaven geleiſtete Eid nicht juriſtiſch verpflichtend, ſondern nur der nach der Freylaſſung geleiſtete (y). Allein man rechnete darauf, der Sklave werde, wenn er durch den erſten Eid frey geworden wäre, aus Religioſität zu einer Wiederholung deſſelben ſich entſchließen, wodurch er dann klagbar verpflichtet wurde (z). — Ohne Zweifel iſt von dieſem Fall die ganze Sitte ausgegangen, in Teſtamenten einen Eid als Bedingung vorzuſchreiben; manche Teſtatoren haben ſpäter dieſe Bedingung auch Freyen auferlegt, und dadurch iſt das Verbot im Edict veranlaßt worden.

Dieſe Unzuläſſigkeit der conditio jurisjurandi galt jedoch nur in Teſtamenten, nicht in Verträgen (aa); ohne Zweifel, weil ſich hier Jeder leicht die Überzeugung verſchaffen kann, daß ſein Gegner diejenige Geſinnung wirklich habe, wodurch eine ſolche Bedingung unbedenklich wird.

VI. Ungültig iſt diejenige Bedingung, wodurch die teſtamentariſche Verfügung zu einer captatoriſchen wird.

(y) *L.* 36 *de man. test.* (40. 4.), *L.* 7 *pr.* § 1. 2 *de op. lib.* (38. 1.). Es war gleichgültig, ob der durch Teſtament Freygelaſſene früher oder ſpäter den Eid leiſtete (*L.* 7 § 2 *cit.*); bey der manumissio vindicta mußte es incontinenti geſchehen, wenn es verpflichten ſollte. *L.* 44 *pr. de lib. causa* (40. 12.).

(z) Dieſe Vorſicht wurde nämlich angewendet bey der manumissio vindicta, wobey man auch ſchon zuvor den Sklaven ſchwören ließ. *L.* 44 *pr. de lib. causa* (40. 12.). Dieſelbe Berechnung aber lag augenſcheinlich auch der conditio jurisjurandi in Teſtamenten zum Grunde.

(aa) *L.* 19 § 6 *de don.* (39. 5.). Die Gültigkeit der Bedingung wird vorausgeſetzt, indem blos bemerkt wird, es ſey keine Schenkung, ſondern ein datum ob causam. Sell S. 245.

Hier soll aber nicht die Bedingung wegfallen, sondern die ganze Verfügung ist ungültig (bb).

VII. Endlich gehörten dahin früher auch die poenae causa getroffenen Verfügungen in einem Testament, und auch hier war die Verfügung selbst ungültig, nicht die Bedingung. Justinian hat dieses aufgehoben (§ 117 Note l. m. n).

§. 124.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unmögliche und unsittliche. (Fortsetzung.)

Es bleiben jetzt noch einige Fragen zu erörtern übrig, die sich auf die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen gemeinschaftlich beziehen.

Die erste Frage betrifft das Verhältniß dieser Hindernisse zu dem Bewußtseyn des Urhebers des Rechtsgeschäfts. Gewöhnlich denkt man an den Fall, da der Urheber das Hinderniß kennt, und sich dadurch nicht abhalten läßt, die Bedingung hinzu zu fügen. Wie aber wenn er es nicht kennt, also über die besondere Beschaffenheit der Bedingung im Irrthum ist? Ein solcher Irrthum wird bey absolut unmöglichen, so wie bey unsittlichen Bedingungen, kaum vorkommen können; bey relativ unmöglichen ist er allerdings denkbar, indem z. B. der Testator einen Erben einsetzen kann unter der Bedingung Geld an

(bb) Sell S. 295. — Die genauere Ausführung ist nur im Zusammenhang des Erbrechts möglich.

eine bestimmte Person zu zahlen, die zur Zeit der Abfassung des Testaments, ohne Wissen des Testators, bereits verstorben ist. Die aufgeworfene Frage ist bestritten, wir müssen aber schon deshalb annehmen, daß im Fall des Irrthums dasselbe gelte, wie im Fall des richtigen Bewußtseyns, weil die in unsren Rechtsquellen aufgestellten Regeln von unmöglichen Bedingungen allgemein reden, ohne jenen denkbaren Unterschied auch nur zu berühren. Dazu kommt, als wichtige Unterstützung, die Analogie des Falles, da nicht die Bedingung, sondern die in einem Vertrag versprochene Handlung selbst, relativ unmöglich ist; durch diesen Umstand wird der Vertrag völlig ungültig, auch wenn die Contrahenten die Unmöglichkeit nicht kannten (a). Endlich aber wird noch in dem gegenwärtigen § gezeigt werden, daß wahrscheinlich die Regeln über die unmöglichen Bedingungen gerade von dem Fall des Irrthums ihren Ausgang genommen haben.

Die bisher angestellte Betrachtung der unmöglichen und unsittlichen Bedingungen bezog sich nur auf Suspensivbedingungen; es ist nun noch die Anwendung dieser Regeln auf die resolutiven zu erwähnen. Jedoch nur mit wenigen Worten, da schon das Schweigen unsrer Rechtsquellen beweist, wie wenig erheblich dieser Gegenstand ist. Auch kann diese Frage nur in Beziehung auf Verträge aufgeworfen werden (§ 120). — Halten wir uns nun an die Auffassung der Resolutivbedingung als einer suspensiven

(a) Sell S. 77 fg.

für die Vernichtung des Hauptgeschäfts (§ 120. 1), so ist durch die Unmöglichkeit derselben die daran geknüpfte Vernichtung entkräftet. Es ist also so gut, als ob der Vertrag ganz ohne Resolutivbedingung geschlossen wäre. So einleuchtend nun im Allgemeinen diese Bestimmung ist, so wird doch auch folgende Einschränkung schwerlich einen Widerspruch finden. Ist nämlich von einer unsittlichen Bedingung die Rede, so können dieser die Parteyen die Form einer resolutiven geben, lediglich um die Anwendung der oben aufgestellten Regeln zu umgehen; dann muß in jedem einzelnen Fall Dasjenige geschehen, was zur Aufrechthaltung des sittlichen Zwecks nothwendig ist. Verspricht also Einer dem Andern Hundert unter der Suspensivbedingung, daß der Andere einen Dritten mishandle, so ist der Vertrag nichtig. Nun könnte man dem Vertrag die Wendung geben, daß eine Schenkung von Hundert versprochen würde, mit der Resolutivbedingung, wenn die Mishandlung unterbliebe. Nach dem Buchstaben der eben aufgestellten Regel würde blos die Resolutivbedingung wegfallen, und die Hundert müßten bezahlt werden; nach der Absicht der Parteyen aber ist es so gut, wie wenn jene Form der Suspensivbedingung gewählt wäre, die unsittliche Absicht darf nicht durch Schenkung einen Lohn erhalten, und es muß vielmehr das ganze Geschäft als ungültig behandelt werden.

Die wichtigste Frage endlich bleibt noch für die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen gemeinschaftlich zu

beantworten übrig: was iſt der Grund der aufgeſtellten Regeln, und insbeſondere der auffallenden Regel, nach welcher in Teſtamenten die in ſolcher Weiſe bedingte Verfügung als unbedingt aufrecht erhalten wird? was iſt alſo zugleich der Grund, die Teſtamente hierin anders zu behandeln, als die Verträge?

Die ſcheinbare Genealogie der Gedanken iſt dieſe: Unmögliche Bedingungen gelten als nicht geſchrieben, und weil die unſittlichen für den beſſeren Menſchen zugleich unmögliche ſind, ſo müſſen ſie juriſtiſch eben ſo behandelt werden, wie es ſich bey den unmöglichen ohnehin von ſelbſt verſteht. Der Typus alſo, von welchem in dieſen zuſammenhängenden Regeln ausgegangen werden müßte, wäre etwa die in den Rechtsquellen erwähnte Bedingung: si digito coelum tetigerit, heres esto.

Allein nach dieſer Auffaſſung bleibt die Sache von allen Seiten unerklärlich. Erwägen wir zuerſt das logiſche Weſen der Bedingung, ſo führt dieſes gerade auf das entgegengeſetzte Reſultat. Denn das Seyn oder Nichtſeyn der bedingenden Thatſache ſoll das Seyn oder Nichtſeyn des Rechtsverhältniſſes zur Folge haben, darin beſteht das Weſen der Bedingung. Nun iſt aber das Nichtſeyn der Thatſache im Fall der Unmöglichkeit eben ſo unzweifelhaft, als im Fall der zufälligen Vereitlung. Dieſe Identität wird bey den Verträgen ausdrücklich anerkannt, warum nicht bey den Teſtamenten? Die Unterſcheidung derſelben von den Verträgen fand ſchon Gajus anſtößig,

obgleich er, seiner Secte getreu, die Regel selbst darum nicht minder annahm (b).

Betrachtet man aber die Sache weniger von der streng logischen, als von der praktischen Seite, nämlich nach dem wahrscheinlichen Gedankengange des Testators, so liegt in der That die Annahme sehr nahe, es sey demselben mit einer solchen Verfügung überhaupt nicht Ernst gewesen, sondern er habe nur mit Worten ein Spiel getrieben. Diese natürliche Annahme ist nun bey Verträgen wirklich anerkannt (c), liegt aber bey Testamenten nicht minder nahe; ja auch hier findet sie sich einmal geradezu ausgesprochen (d). Aus diesen Gründen wollten nun in der That die Proculejaner Testamente und Verträge gleich behandelt wissen (Note b). Daß aber dennoch die Sabinianer das Gegentheil annahmen, und daß Justinian ihrer Meynung den Vorzug gab, erklärt man gewöhnlich aus

(b) Gajus III. § 98 „... diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*" (Die Lesart vix ist nach den von Blume angegebenen Schriftzügen und nach dem inneren Zusammenhang nicht zu bezweifeln.)

(c) *L.* 31 *de oblig. et act.* (44. 7) „... quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione quam sciant esse impossibilem.

(d) *L.* 4 § 1 *de statulib.* (40. 7.). Hier wird gesagt, eine testamentarische Freylassung sey nichtig in folgenden drey Fällen: 1) wenn sie gegeben sey nach einer solchen Zahl von Jahren, daß der Sklave dieselbe nicht erleben könne, 2) unter der Bedingung, millies zu zahlen (§ 121. t), 3) zur Zeit seines Todes. Nun lautet der Schluß so: „sic enim libertas inutiliter datur, et ita Julianus scribit, *quia nec animus dandae libertatis est.*" Vgl. unten Note i.

einer geſetzlichen Begünſtigung des letzten Willens (e). In welchem Sinn dieſe hier gewiſſermaßen zugegeben werden könnte, wird ſich weiter unten zeigen; nach dem einfachen Wortſinn, wie man ſie gewöhnlich auffaßt, kann ſie nicht gelten, denn ſo dürfte ſie doch nur gebraucht werden, um den wahren Willen des Verſtorbenen gegen das Hinderniß geſetzlicher Formen in Schutz zu nehmen; hier aber ſcheint Etwas gegen jenen Willen durchgeſetzt zu werden.

Eine befriedigende Erklärung iſt nur möglich, wenn wir die oben dargeſtellte Genealogie der Gedanken geradezu umkehren, indem wir annehmen, es war urſprünglich die Rede von den unſittlichen Bedingungen, und nachdem man dieſe als nicht geſchrieben anerkannt hatte, iſt dieſelbe Behandlung auf die unmöglichen übertragen worden, mit denen man, eben zu dieſem Zweck, die unſittlichen identificirte. Gelingt es, dieſe Herleitung zu rechtfertigen, ſo wird dadurch zugleich ein anderer Anſtoß beſeitigt. Es läßt ſich ſchwerlich annehmen, daß in Römiſchen Teſtamenten die abſolut unmöglichen Bedingungen oft genug vorgekommen ſeyn ſollten, um dieſer Frage irgend eine Erheblichkeit zu geben; die alten Juriſten ſtellten vielmehr Beyſpiele derſelben auf, nur um den Begriff in aller Schärfe zur Anſchauung zu bringen. Dagegen mögen die Fälle unſittlicher Bedingungen, die ja in ſo vielen Geſtal-

(e) So z. B. Sell S. 38 fg., der nach vielen künſtlichen Wendungen endlich doch wieder auf dieſen favor testamentorum zurück kommt.

ten erscheinen, häufig genug vorgekommen seyn; hier war es von praktischem Interesse, Rechtsregeln auszubilden, und deren vollständige Behandlung führte dann weiter zurück auf die unmöglichen.

Betrachten wir also nun den Fall der unsittlichen Bedingungen an sich, noch ganz absehend von der Fiction der Unmöglichkeit unsittlicher Handlungen. Das erste und unzweifelhafteste bey ihnen ist Dieses, daß der Bedingung keine Folge gegeben werden darf, weil sonst das Schlechte gefördert werden würde. Diesen ersten Zweck nun können wir auf zwey entgegengesetzten Wegen erreichen, entweder indem wir das ganze Rechtsgeschäft vernichten, oder indem wir die Bedingung als nicht vorhanden ansehen, und das Geschäft als unbedingt behandeln. Das Justinianische Recht (übereinstimmend mit den Sabinianern) entscheidet für den ersten Weg bey Verträgen, für den zweyten bey Testamenten, und wir haben die Gründe dieser Verschiedenheit aufzusuchen.

Bey Verträgen liegt der Grund darin, daß eine Trennung der Bedingung von dem Versprechen in den meisten Fällen augenscheinlich gegen die Absicht der Parteyen seyn würde. Verspricht Einer Hundert für die Begehung eines Verbrechens, und wollten wir aus dem Vertrag nur diese Bedingung hinwegnehmen, so würden wir den ganzen Vertrag völlig willkührlich und gegen die unzweifelhafte Absicht in eine reine Schenkung verwandeln. Diese Behandlung wäre aber nicht nur dem Willen der Parteyen wi-

derſprechend, ſondern auch an ſich ſelbſt anſtößig, da ſie Demjenigen, der doch an der ſchlechten Abſicht ſo viel als der Andere Theil genommen hat, einen bleibenden Vortheil zuwenden würde. Und ſelbſt in den ſeltneren und verwickelteren Fällen, worin die Parteyen den Vertrag auch bey Entfernung der Bedingung vielleicht eben ſo geſchloſſen haben würden, iſt für ſie Nichts verloren, indem ſie dieſen unbedingten Vertrag noch immer ſchließen, alſo das Verſäumte nachholen können.

Bey Teſtamenten finden wir von dieſem Allen das Gegentheil. Wer ein Teſtament macht, hat die unzweifelhafte Abſicht, über ſein Vermögen zu verfügen, und jede Erbeinſetzung, jedes Legat, fällt in dieſe allgemeine Abſicht freygebiger Austheilung des Vermögens. Finden wir alſo eine ſolche Verfügung unter einer unſittlichen Bedingung, ſo hat die Annahme viele Wahrſcheinlichkeit, daß er zwar das Schlechte bey dieſer Gelegenheit durchſetzen wollte, aber auch davon abgeſehen, denſelben Erben oder Legatar ernannt haben würde, indem er ohnehin damit beſchäftigt war, Erben oder Legatare zu ernennen, anſtatt daß bey dem Vertrage kein anderer Beweggrund zu irgend einem Verſprechen vorlag, als eben die Beförderung der unſittlichen Handlung (f). Allerdings iſt es zweifelhaft,

(f) Es wird alſo derſelbe Gedanke des Teſtators vorausgeſetzt, der in *L.* 2 § 7 *de don.* (39. 5.) bey dem Fall einer Schenkung ſo ausgedrückt iſt: „si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae, existimari debebit.“

ob der Testator diesen Gedanken hatte, oder ob er vielmehr, wenn die schlechte Absicht nicht zu erreichen war, lieber dieses ganze Legat fallen lassen wollte; allein gerade für solche zweifelhafte Fälle besteht die Regel, daß für die Aufrechthaltung des letzten Willens gesprochen werden soll (g), und in diesem beschränkten Sinn könnte man etwa noch die einwirkende Begünstigung der Testamente zugeben; in der That aber liegt auch darin keine Begünstigung, da für Verträge genau dieselbe allgemeine Auslegungsregel gilt (h). Allein selbst wenn wir in einzelnen Fällen durch jene Annahme irren, so bekommt wenigstens nicht, wie bey Verträgen, ein Unwürdiger den Vortheil, da der Erbe oder der Legatar bey der aufgestellten unsittlichen Bedingung unschuldig ist; der Verstorbene aber hat es durch seine schlechte Absicht selbst verschuldet, wenn in diesem Stück sein Wille theilweise misverstanden wird. Irren wir jedoch nicht bey jener Annahme, so liegt zugleich in dieser Behandlung das einzig mögliche Mittel, den wahren Willen aufrecht zu halten, indem hier der Verstorbene nicht mehr im Stande ist, das Versäumte nachzuholen, so wie Dieses bey Verträgen noch immer geschehen konnte.

(g) *L.* 24 *de rebus dub.* (34. 5.). „Cum in testamento *ambigue,* aut etiam perperam, *scriptum est:* benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est." Diese Vorschrift paßt ganz auf den vorliegenden Fall.

(h) *L.* 80 *de verb. oblig.* (45. 1.). „Quotiens in stipulationibus *ambigua oratio est,* commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit."

War nun auf dieſe Weiſe die Sache entſchieden für die unſittlichen Bedingungen, ſo gieng man weiter zurück auf die unmöglichen, die in der That eine entfernte Verwandtſchaft mit jenen haben. Die aufgeſtellten Betrachtungen paßten allerdings nicht auf die abſolut unmöglichen oder unerſchwinglichen Bedingungen, aber dieſe ſind ja überhaupt, wie oben bemerkt, ſo ſelten und unerheblich, daß ſie auf eine beſondere Vorſorge durch Rechtsregeln keinen Anſpruch haben können. Anders verhält es ſich mit den relativ unmöglichen. Kennt hier der Teſtator die Unmöglichkeit, ſo ſind ſie freylich in gleicher Lage mit den abſolut unmöglichen, denn es gehört immer eine beſondere Laune dazu, daß ein Teſtator in dieſem ernſten Geſchäft ſo mit leeren Worten ſpiele. Dieſes gilt aber nicht von dem Fall, wenn er es nicht weiß, ſo z. B. von dieſer Bedingung: ich ſetze den Gajus zum Erben ein, wenn er zuvor dem Sejus eine Wohnung gebaut haben wird; (vorausgeſetzt, daß, zur Zeit der Abfaſſung des Teſtaments, Sejus ohne Wiſſen des Teſtators bereits geſtorben war). Hier nun ſind die meiſten der bey den unſittlichen Bedingungen aufgeſtellten Gründe gleichfalls anwendbar, theilweiſe ſogar in noch höherem Grade. Denn offenbar kann man hier mit großer Wahrſcheinlichkeit annehmen, der Teſtator wollte zwey, an ſich von einander unabhängige, Zwecke erreichen: Gajus ſollte Erbe ſeyn, Sejus ſollte auf Koſten des Gajus eine Wohnung erhalten. Dieſen letzten Zweck konnte er in verſchiedenen For-

men erreichen, am einfachsten in der Form eines Legats. Er wählte die Form einer Bedingung, die allerdings am schnellsten und kräftigsten wirken konnte; daraus folgt aber nicht einmal mit Wahrscheinlichkeit, daß, wenn die Erreichung des zweyten Zwecks unmöglich wurde, deshalb auch der erste aufgegeben werden sollte.

War man nun durch diese Erwägungen dahin gekommen, die relativ unmöglichen und die unsittlichen Bedingungen in Testamenten nach einer gleichen Regel, und zwar ganz anders als in Verträgen, zu behandeln, so lag es dann sehr nahe, in diese Regel auch die (praktisch unbedeutenden) absolut unmöglichen und unerschwinglichen Bedingungen mit aufzunehmen. Man gewann dadurch den Vortheil einer einfacheren Formel, die ganze Lehre erhielt gleichsam eine breitere Basis, und das Schicksal einiger selten vorkommenden wunderlichen Einfälle mancher Testatoren konnte dabey, kein sonderliches Bedenken erregen.

Die hier versuchte Erklärung der Römischen Behandlung unmöglicher Bedingungen in Testamenten läßt sich noch durch folgende Betrachtungen unterstützen.

1) Ist eine auf die vergangene oder gegenwärtige Zeit schon durch den Ausdruck gestellte Bedingung vereitelt, so wird sie nicht, gleich der unmöglichen, als nicht geschrieben angesehen, sondern die ganze Verfügung ist ungültig (§ 121. p). Dennoch kommt dieser Fall mit dem der unmöglichen in der gegenwärtigen Entschiedenheit völlig über-

ein, ſo daß alſo hierin der Grund der beſonderen Behandlung überhaupt nicht liegen kann. Es fehlt hier aber die oben nachgewieſene innere Verwandtſchaft der unmöglichen und unſittlichen Bedingungen, und hierin allein kann daher der Grund jener eigenthümlichen Behandlung geſucht werden.

2) Das legatum poenae nomine iſt von Juſtinian in der Regel erlaubt, und nur ausnahmsweiſe für unwirkſam erklärt, wenn durch deſſen Androhung der Erbe zu einer unmöglichen oder unſittlichen Handlung gezwungen werden ſoll (§ 122. h. i). Eigentlich iſt nun die Unterlaſſung der geforderten unmöglichen Handlung etwas ſchlechthin Nothwendiges, und man konnte daher erwarten, daß das Legat vielmehr unbedingt gelten würde (§ 121. g). Weil aber hier der ſittliche Zweck bey der geforderten unſittlichen Handlung eine entgegengeſetzte Behandlung nöthig machte (§ 122), ſo hat dieſe wiederum ein gleiches Verfahren auch bey der geforderten unmöglichen Handlung nach ſich gezogen.

3) Außer den unmöglichen Bedingungen kommen auch unmögliche Zeitbeſtimmungen (dies impossibilis) vor. In der Entſchiedenheit des Nichtſeyns kommen dieſe mit jenen ganz überein, ſo daß man erwarten möchte, auch eine ſolche Zeitbeſtimmung werde als nicht geſchrieben behandelt, und ſo die Verfügung ſelbſt aufrecht erhalten werden. Hier findet ſich aber gerade das Gegentheil; die unmögliche Zeit wird als ein Zeichen betrachtet, daß die

ganze Verfügung nicht ernstlich gemeynt war, und diese ist dadurch vernichtet (i). Diese scheinbare Inconsequenz erklärt sich daraus, daß zwischen der unmöglichen Zeit und der unsittlichen Bedingung gar kein Zusammenhang statt findet, so daß hier kein Grund vorhanden ist, von der natürlichsten und einfachsten Behandlung abzuweichen. Wäre die bloße Begünstigung des letzten Willens der Grund, warum die unmögliche Bedingung als nicht geschrieben behandelt wird, so müßte dieselbe ja ganz eben so auch den unmöglichen dies als nicht geschrieben hinweg räumen.

Zum Schluß soll noch angegeben werden, welche Grundsätze über die den Testamenten beygefügten unmöglichen und unsittlichen Bedingungen in neueren Gesetzgebungen aufgestellt worden sind.

Das Französische Gesetzbuch schließt sich ganz an das Römische Recht an. Unmögliche und unsittliche Bedingungen gelten als nicht geschrieben; ja es wird dieses selbst

(i) Vgl. unten § 126. i. k. l, und daraus besonders *L.* 4 § 1 *de statulib.* (40. 7.), deren Inhalt oben in Note d angegeben ist. Übrigens erklärt sich hieraus auch, wie von der in der Mitte der Stelle erwähnten Bedingung si heredi millies dedisset gesagt werden konnte, sie entkräfte die ganze Freylassung (§ 121. t). Diese Entscheidung paßt offenbar nur zu der Meinung der Proculejaner, und hat sich in die Justinianische Gesetzgebung blos verirrt. Dieses wurde dadurch übersehen, daß sie in der Mitte zwischen zwey, auch im Justinianischen Recht unbedenklichen, Entscheidungen über den *dies* impossibilis steht.

auf Schenkungen ausgedehnt, die überhaupt in dieſem Geſetzbuch den Teſtamenten ſo ſehr angenähert ſind (k).

Das Preußiſche Recht ſchlägt einen Mittelweg ein. Die unmögliche Bedingung macht die teſtamentariſche Verfügung ſelbſt ungültig (l); die unſittliche dagegen gilt als nicht geſchrieben (m).

Das Öſterreichiſche Geſetzbuch endlich iſt ganz zu Proculejaniſchen Geſinnungen zurückgekehrt. Erbeinſetzungen und Legate werden durch unmögliche und durch unſittliche Bedingungen ganz ungültig (n).

§. 125.

III. Willenserklärungen. — Zeitbeſtimmung.

Eine zweyte Art der Selbſtbeſchränkung, welche in einer Willenserklärung vorkommen kann (§ 114), beſteht in der hinzugefügten Zeitbeſtimmung (dies), das heißt in dem Ausdruck einer zeitlichen Begränzung der Wirkſamkeit des Rechtsverhältniſſes.

Dieſe Zeitbegränzung kann, ähnlich der Bedingung, entweder an den Anfang oder an das Ende des Rechtsverhältniſſes gelegt werden. Im erſten Fall heißt dieſes

(k) Code civil art. 900. — Anders natürlich bey Verträgen die nicht Schenkungen ſind. art. 1172. Dieſe Behandlung der Schenkungen wird von den Franzöſiſchen Juriſten als inconſequent getadelt; Manche tadeln den Rechtsſatz auch bey den Teſtamenten. Maleville zu art. 900. Toullier droit civil T. 5 § 247.

(l) A. L. R., Th. 1. Tit. 4 § 129—132 Tit. 12 § 504.

(m) A. L. R., Th. 1. Tit. 12 § 63 (vergl. mit Tit. 5 § 227.).

(n) Oeſterreich. Geſetzbuch § 698 (vergl. mit § 897).

Verhältniß in diem oder ex die gegeben (a), im zweyten ad diem (b). Wir können jene den Anfangstermin, diese den Endtermin eines Rechtsverhältnisses nennen. — Zunächst soll hier von dem Anfangstermin gehandelt werden.

Alle Zeitbestimmung nun kann sich lediglich auf die Zukunft beziehen, da wir nur auf diese für unsre Handlungen Vorkehrung treffen können. Die künftige Zeit selbst aber kann bestimmt werden entweder durch Beziehung auf einen einzelnen Punkt in der allgemeinen, unabänderlich feststehenden Zeitreihe (Kalendertag) (c), oder auf relative Weise durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß, welches ja nothwendig auch in einen bestimmten Punkt jener Reihe fallen muß. — Nun knüpft sich auch die Bedingung stets an ein künftiges Ereigniß (§ 116), und eben so läßt sich

(a) Ex die. *L.* 56 *de cond. indeb.* (12. 6.), *L.* 34 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 44 § 1 *de O. et A.* (44. 7.). In diem. § 2 *J. de verb. obl.* (3. 15.), *L.* 3. 15. 46. *pr. de V. O.* (45. 1.), *L.* 213 *pr. de V. S.* (50. 16.), *L.* 16 *pr. de her. pet.* (5. 3.), *L.* 43 *de j. dot.* (23. 3.), *L.* 22 *de cond. inst.* (28. 7.), *L.* 27 *qui et a quib. man.* (40. 9.), *L.* 22 *de O. et A.* (44. 7.).

(b) *L.* 34 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 44 § 1 *de O. et A.* (44. 7.). In dieser letzten Stelle heißt es daneben auch einmal in diem, jedoch nur in einer Construction: „nam vel ex die incipit obligatio, aut *confertur in diem.*" Das letzte heißt nachher: „*Ad diem* autem."

(c) Auch dieses ist wieder auf zweyerley Weise möglich: unmittelbar (z. B. am 1. März 1840), oder mittelbar, z. B. „in Einem Jahr," vorausgesetzt daß der Vertrag am 1. März 1839 geschlossen wird, indem nämlich das Heute, worauf sich diese Bestimmung bezieht, selbst gewiß und bekannt ist. Eben so: „drey Jahre nach meinem Tode," weil zu der Zeit, worin das Testament wirksam wird, der Todestag völlig gewiß und bekannt seyn muß.

umgekehrt der Kalendertag auffassen als ein Ereigniß, nämlich als der Eintritt eben dieses bestimmten Tages, so daß also beide Arten einschränkender Nebenbestimmung oft in einander zu fließen scheinen. Da jedoch für Zeit und Bedingung ganz verschiedene Regeln aufgestellt sind, so ist es vor Allem nöthig, eine scharfe Gränze zwischen beiden zu ziehen. Auf die in den Rechtsgeschäften gebrauchten Ausdrücke können wir gar nicht bauen, denn obgleich jede unter jenen Nebenbestimmungen ihre eigenthümlichen Ausdrücke hat, so herrscht doch darin oft eine regellose Abwechslung (d). Die wahre Gränze aber ist dahin zu bestimmen: die Bedingung knüpft sich an ein ungewisses Ereigniß (§ 116), die Zeitbestimmung an ein gewisses. Jeder künftige Kalendertag nämlich ist ohnehin gewiß; manche Ereignisse aber sind es nicht minder, vorzüglich für jeden Menschen der Tod. Wird also der Anfang eines Rechtsverhältnisses auf die Todeszeit des Berechtigten, oder des Verpflichteten, oder eines Dritten gestellt (cum morietur), so ist dieses im Allgemeinen wegen der Gewißheit dieses Todes, nicht als Bedingung, sondern als dies anzusehen; und zwar besteht die besondere Regel, daß darunter stets der letzte Augenblick des Lebens, oder die Zeit unmittelbar vor dem Tode zu verstehen ist (e).

(d) Bey den Römern werden hier verschiedene Partikeln gebraucht: si für die Bedingung, cum für den dies. Aber die alten Juristen erkennen selbst die gänzliche Unzuverlässigkeit dieser Ausdrücke. *L.* 45 § 3 *de V. O.* (45. 1.).

(e) Denn Sterben ist eine Thätigkeit, weshalb nur der noch Lebende sterben kann, nicht der Todte. *L.* 18 § 1 *L.* 61 *de man.*

Diese relative Art der Zeitbestimmung hat jedoch auch noch ein ungewisses Element, das Verhältniß des Ereignisses zu der festen, allgemeinen Zeitreihe, welches neuere Schriftsteller die quaestio quándo nennen. Doch ist sie darum nicht minder, ihrem Begriffe nach, den Bedingungen scharf entgegengesetzt.

Dagegen ist jedes ungewisse Ereigniß, schon seinem Begriffe nach, eine wahre, eigentliche Bedingung, selbst wenn es durch die dabey gebrauchten Ausdrücke den täuschenden Schein einer Zeitbestimmung an sich tragen sollte. Wer z. B. Etwas „an seinem Hochzeitstage" zu geben verspricht, der verspricht eigentlich unter der Bedingung, wenn er in die Ehe treten sollte, und diese erhält nur durch die wörtliche Fassung den Schein eines dies. Es kann dabey jedoch noch der besondere Fall eintreten, daß mit der Bedingung auch ein Kalendertag verbunden wird. Gesetzt, es ist Einer am 1. März 1825 geboren, und es wird ihm Etwas versprochen: „am Tage seiner Volljährigkeit," so heißt das so viel als: Am 1. März 1850, vorausgesetzt daß alsdann Jener noch lebt (f).

test. (40. 4.), *L.* 107 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), Gajus II. § 232, III. § 100. Die Erheblichkeit dieser Regel wird sich sogleich in mehreren Anwendungen zeigen.

(f) *L.* 22 *pr. quando dies* (36. 2.) „quoniam *non solum* diem, *sed et* conditionem hoc legatum in se continet." Also sind hier beide Arten der Beschränkung wirklich vorhanden und vereinigt. — Unter die als dies ausgedrückte Bedingung gehörte auch der, bey den Römern so wichtige, Fall, wenn ein Latinus Junianus, oder ein Eheloser, auf die Zeit seiner Capacität (d. h. also unter der Bedingung derselben) eingesetzt wurde. *L.* 62 *pr. de her. inst.* (28. 5.). *L.* 51

Es ergeben ſich hieraus für die als Zeitbeſtimmung ausgedrückte Zuſätze der Rechtsgeſchäfte Vier mögliche Combinationen, die von neueren Schriftſtellern auf folgende Weiſe ausgedrückt zu werden pflegen:

Dies certus für die quaestio an, certus für quando.

Dies certus für die quaestio an, incertus für quando.

Dies incertus für die quaestio an, certus für quando.

Dies incertus für die quaestio an, incertus für quando.

Für den erſten und vierten Fall iſt die Bezeichnung unzweifelhaft; der zweyte und dritte dagegen könnten, wegen ihrer gemiſchten Natur, bald als certus, bald als incertus dies, bezeichnet werden, es ſcheint indeſſen daß die alten Juriſten hier vorzugsweiſe dieſen letzten Ausdruck gebraucht, und unter certus dies meiſt den Kalendertag verſtanden haben (Note h, und § 126. c. e. h.).

Der dritte und vierte Fall nun gehören, wie ſchon bemerkt, wegen der Ungewißheit des Ereigniſſes, gar nicht unter die Zeitbeſtimmungen; ſie ſind wahre Bedingungen, welchen höchſtens der falſche Schein eines dies durch den ungenauen Ausdruck gegeben worden iſt. Bey dem vierten Fall insbeſondere iſt dieſes ohne Ausnahme anerkannt (g).

de leg. 2. (31. un.). Ohne dieſe wohlthätige Vorſorge war ihm die Erbſchaft oder das Legat verloren, wenn er nicht ſpäteſtens 100 Tage nach des Erblaſſers Tod die Capacität erlangt hatte (Ulpian XVII. § 1). Jetzt konnte dieſes auch nach vielen Jahren geſchehen, weil ihm, wegen der Bedingung, die Erbſchaft nicht früher deferirt war.

(g) So z. B. „zur Zeit, in welcher Jemand eine Ehe ſchließen, oder ein Amt erlangen wird." *L.* 21 *pr. quando dies* (36. 2.), *L.* 56 *de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 8 *C. de test. manum.* (7. 2.).

Bey dem dritten Fall gilt zwar allerdings auch dieselbe Regel, so daß also z. B. ein auf die Pubertät oder die Volljährigkeit eines Dritten gestelltes Legat völlig als ein bedingtes zu beurtheilen ist (h). Jedoch giebt es von dieser Regel natürliche Ausnahmen, wenn nämlich aus den Umständen sicher hervorgeht, daß der Urheber diese Nebenbestimmung lediglich aus Vorsorge für den Berechtigten, also zu dessen Vortheil, und nicht zur Beschränkung der Rechte desselben, gegeben hat; dann gilt das Rechtsverhältniß als ein unbedingtes, das heißt es wird jene Nebenbestimmung als Kalendertag behandelt, der nur indirect bezeichnet ist, nämlich durch Beziehung auf ein Ereigniß, welches freylich seiner Natur nach auch wohl ganz ausfallen kann (i). Hier wirkt also ausnahmsweise das in jenem dritten Fall enthaltene Element der Gewißheit, und zwar nicht als ob dann die regelmäßige Natur dieses Falles verkannt oder unrichtig behandelt würde, sondern wegen der durch die Umstände gerechtfertigten Interpretation des wahren Willens, die ja überall vorwalten soll (§ 118. a). Nur in Einem Fall gilt dieselbe Ausnahme

(h) *L.* 21 *pr. L.* 22 *pr. quando dies* (36. 2.), *L.* 36 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 49 § 2. 3 *de leg.* 1 (30. un.). — In der ersten der angeführten Stellen wird ein solcher Tag dies *incerta* genannt.

(i) *L.* 46 *ad Sc. Treb.* (36. 1.), *L* 5 *C. quando dies* (6. 53.). Vgl. auch *L.* 18 § 2 *de alim. leg.* (34. 1.) (§ 119. 5.), und Averanius Interpr. II. 16 Num. 12. sq. — Es ist natürlich, daß eine solche günstige Interpretation vorzugsweise angenommen wird, wenn ein Testator seinen Kindern Etwas zuwendet; ferner vorzugsweise bey den, besonders im älteren Recht, ohnehin freyer behandelten Fideicommissen.

auch ohne ſolche individuelle Gründe einer abweichenden Interpretation, nämlich bey der teſtamentariſchen Freylaſſung (§ 119. q); hier gründet ſich die Ausnahme auf eine der vielen ganz poſitiven Begünſtigungen der Freyheit.

Nachdem dieſe Fälle beſeitigt ſind, in welchen nur der Schein eines dies, das Weſen einer Bedingung enthalten iſt, bleibt nun noch die nähere Betrachtung der zwey Fälle des wahren dies übrig; die zeitliche Beſchränkung des Rechtsverhältniſſes vermittelſt eines Kalendertags, und die vermittelſt eines gewiſſen, das heißt nothwendig irgend einmal eintretenden Ereigniſſes.

§. 126.

III. Willenserklärungen. — Zeitbeſtimmung. (Fortſetzung).

I. Die Beſchränkung des Rechtsverhältniſſes durch einen Kalendertag, von welchem es erſt anfangen ſoll, hat den Sinn, daß das Recht ſelbſt ſogleich erworben, die Ausübung deſſelben aber bis zu jenem Tage aufgeſchoben werde. — Betrachten wir das Verhältniß einer ſolchen Beſtimmung zu dem Bewußtſeyn des Berechtigten, ſo finden wir darin gar nichts Unklares. Er kennt nicht nur das Daſeyn des Rechts, ſondern auch ganz genau deſſen Umfang und Werth. Es läßt ſich ſogar durch eine Discontorechnung der gegenwärtige Werth ausmitteln, ja ſelbſt der augenblickliche Genuß durch Verkauf um dieſen ſicheren Werth bewirken. Daher wird die in dieſer Be-

stimmung liegende Gewißheit nicht einmal durch einen so entfernten Zeitpunkt ausgeschlossen, welchen der Berechtigte selbst unmöglich erleben kann (a); denn dieser Umstand hindert ihn nicht, ein solches Recht in alle seine Berechnungen und Verfügungen über die Zukunft mit aufzunehmen.

Es bleibt nur noch übrig, diesen Grundsatz auf die wichtigsten einzelnen Rechtsverhältnisse, worin ein Kalendertag vorkommen kann, anzuwenden.

A. Bey der Erbeinsetzung kann eine solche Beschränkung deswegen nicht zur Ausführung kommen, weil nach dem Tode weder eine Zeit ohne Vertretung des Verstorbenen, noch eine Abwechslung gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge, zulässig ist. Daher gilt eine solche Beschränkung hier als nicht geschrieben, und das Erbrecht gilt vom Tode an (b). Dieses scheint sonderbar, da doch die weit ungewissere Bedingung als eine wirksame Beschränkung zugelassen wird. Dabey aber gleicht sich Alles dadurch aus, daß die erfüllte Bedingung auf die Todeszeit zurückgeführt wird (§ 120); wollten wir nun diese Zurückführung auch hier vornehmen, so würde das genau auf denselben Erfolg führen, der jetzt wirklich dadurch eintritt, daß der dies als nicht geschrieben gilt.

B. Bey Legaten kommt der Kalendertag unbedenklich zur Ausführung, so daß das Recht auf das Legat vom

(a) So z. B. der Vertrag über eine Zahlung nach Hundert Jahren. *L.* 46 *pr. de V. O.* (45. 1.). — Ein Legat, Hundert Jahre nach des Testators Tod zahlbar. *L.* 21 *pr. quando dies* (36. 2.).

(b) § 9 *J. de her. inst.* (2. 14.), *L.* 34 *de her. inst.* (28. 5.).

Tode an erworben wird (dies cedit), und nur der Genuß (das dies venit) aufgeschoben bleibt. Die streng persönliche Natur aller durch einen Todesfall bedingten Successionen (§ 118) hindert dieses nicht, da der Legatar das Legat, auch wenn er selbst den Genuß nicht erlebt, dennoch in seine Verfügungen mit Sicherheit aufnehmen kann.

C. Noch weniger zweifelhaft ist die völlige Wirksamkeit des Kalendertags bey Verträgen.

II. Die Beschränkung auf den Zeitpunkt eines gewissen Ereignisses, das heißt eines solchen, welches irgend einmal nothwendig eintreten muß, hat ein anderes Verhältniß zum Bewußtseyn des Berechtigten, indem diesem der gegenwärtige Werth und Umfang des Rechts völlig unklar ist, so daß er es nicht mit Sicherheit in seine Verfügungen über die Zukunft aufnehmen kann. Dieses ungewisse Element der Nebenbestimmung wird bei Testamenten, wegen der ganz persönlichen Natur der Successionen (§ 118), als überwiegend betrachtet, und verwandelt den dies in eine Bedingung, nämlich in die Bedingung des Erlebens eines solchen Tages (c); bei Verträgen, in welchen jene persönliche Natur des Rechts nicht angenommen

(c) *L.* 75 *de cond.* (35. 1.) „Dies incertus conditionem in testamento facit." Das in testamento deutet auf eine entgegengesetzte Behandlung der Verträge, die in diesem Fall auch wirklich eintritt. Dadurch aber wird es zugleich nothwendig, die Stelle nur auf diesen Fall zu beziehen, und nicht auf die wahrhaft ungewissen Ereignisse, die auch in Verträgen als Bedingungen gelten. Daraus folgt aber ferner, daß in dieser Stelle dies *incertus* zur Bezeichnung eines gewissen (nur bald früher, bald später eintretenden) Ereignisses gebraucht wird.

wird, bleibt das gewisse Element überwiegend, die Nebenbestimmung kommt als dies (was sie ihrem Begriff nach in der That ist) rein zur Ausführung, und der Vertrag ist unbedingt.

A. Bey der Erbeinsetzung also wird eine Zeitbestimmung solcher Art verwandelt in die Bedingung, „wenn der eingesetzte Erbe den Eintritt des Ereignisses erleben sollte" (d).

B. Ganz eben so wird in der Regel auch ein dergestalt gegebenes Legat behandelt. Es ist also bedingt dadurch, daß der Legatar das Ereigniß erlebe, und stirbt er früher, so geht davon auf seine Erben Nichts über (e). — Nur in einem Fall ist es anders, wenn das Ereigniß von der Art ist, daß es der Legatar nothwendig erleben muß. Dieses gilt von dem Legat auf die Todeszeit des Legatars (cum ipse morietur); denn dieses ist gemeynt von der Zeit unmittelbar vor dem Tode (§ 125), welche jeder Mensch gewiß erlebt. Daher ist ein solches Legat purum, und das Recht darauf wird unwiderruflich erworben mit

(d) *L.* 9 *C. de her. inst.* (6. 24.).

(e) So z. B. heres cum morietur dato. *L.* 1 § 2, *L.* 79 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 12 § 1 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 4 *pr. L.* 13 *in f. quando dies* (36. 2.). In der ersten und dritten der hier angeführten Stellen heißt wieder ein solcher Tag incertus. — Eben so ist es unzweifelhaft, wenn das Legat auf den Tod eines Dritten gestellt wird. — Anders wenn der Testator sagt: cum ipse moriar. Ein solches Legat ist ganz ungültig, weil Niemand durch Testament Etwas bewirken kann, das vor seinem Tod geschehen müßte, sondern nur post mortem; nur die Freylassung wurde in einem solchen Fall durch besondere Begünstigung aufrecht erhalten. *L.* 18 § 1 *de man. test.* (40. 4.). Im Sinn des Justinianischen Rechts ist es aber unstreitig, auch bey dem Legat den ungeschickten Ausdruck zu beseitigen, und es so anzusehen, als ob es hieße post mortem meam.

dem Tode des Testators (f). Selbst wenn man es als Bedingung ansehen wollte, so würde der Erfolg derselbe seyn, da die Bedingung eine nothwendige wäre, neben welcher das Legat unbedingt bleibt (§ 121. g). Auch ist dieses keine bloße Spitzfindigkeit, sondern es hat einen guten praktischen Sinn, indem der Legatar, wenngleich er ein solches Legat gewiß nicht selbst genießt, es doch unter die, Jedem besonders wichtigen, Verfügungen für seine Erben sicher aufnehmen kann.

C. Der Vertrag ist, ungeachtet einer solchen Nebenbestimmung, ein unbedingter, und die Beschränkung gilt ganz als dies. Die Ungewißheit des gegenwärtigen Werthes der Leistung steht hier nicht im Wege, da diese eben so bey jedem gewagten Geschäfte vorkommt, welches darum gar nicht nothwendig ein bedingtes zu seyn braucht. — Der praktische Einfluß jener Regel zeigt sich bey der condictio indebiti. Hier gilt im Allgemeinen der Grundsatz, daß die auf einen Kalendertag gestellte Schuld, wenn sie vor diesem Tage bezahlt wurde, nicht zurückgefordert werden kann, wohl aber die bedingte, vor erfüllter Bedingung gezahlte Schuld (g). Die Schuld nun, welche auf ein gewisses Ereigniß gestellt ist, hat ganz die Natur einer Schuld auf den Kalendertag, nicht die einer bedingten:

(f) *L.* 79 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 4 § 1 *quando dies* (36. 2.).

(g) *L.* 10 *L.* 16 *pr. L.* 56 *de cond. ind.* (12. 6). Es versteht sich von selbst, daß auch bey der bedingten Schuld die Condictio indebiti wegfällt, wenn nur vor ihrer Anstellung die Bedingung erfüllt wird. *L.* 16 *pr. cit.* (Note h).

sie kann also nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Zahlung vor dem eingetretenen Ereigniß erfolgte (h).

Ist die Beobachtung des Anfangstermins unmöglich, so wird ein solcher Fall auf die natürlichste Weise, ohne positive Modification, behandelt. Das Rechtsverhältniß bleibt ohne Anfang, das heißt es entsteht gar nicht, und zwar gilt dieses nicht nur bey Verträgen, sondern auch bey Testamenten. Hierin unterscheidet sich also die Zeitbestimmung von der Bedingung, und der Grund dieses

(h) Die entscheidende Stelle steht in folgendem Zusammenhang: *L.* 16 *pr. de cond. ind.* (12. 6.) „Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur: conditione autem existente repeti non potest. — §1. Quod autem (Hal. *etiam*) sub incerto die debetur, die existente non repetitur. — *L.* 17: Nam si *cum moriar* dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est." Unter diesen drey Sätzen ist der erste und dritte unzweifelhaft: der erste betrifft die Bedingung, der dritte ein gewisses Ereigniß, und indem dabey die Condiction auch für die Zeit vor dem eintretenden Tag verworfen wird, (denn mir wird ja die Condiction verweigert, also muß ich wohl noch nicht ein Sterbender seyn, sonst könnte ich nicht klagen wollen), so ist damit der im Text aufgestellte Satz bewiesen. Zweifelhaft ist der zweyte Satz (§ 1), wegen der Zweydeutigkeit des incertus dies. Cujacius obs. XIII. 20 läßt sich durch das autem verleiten, diesen Satz mit dem dritten (*L.* 17) für identisch zu halten, und will daher im § 1 emendiren pendente oder non existente, welches ganz verwerflich ist. Halvanders etiam entfernt jenen Grund, und das Nam in L. 17 braucht nicht als Bestätigung des § 1 gedacht zu werden, sondern kann auch eine adversative Bedeutung haben. Dann ist der ganze Zusammenhang folgender: L. 16 § 1. „Eben so, wie mit der Bedingung, ist es auch mit einem (ganz) ungewissen Tage (z. B. si nupsero), so daß auch hier die Condiction nur erst nach eingetretenem Tage wegfällt." L. 17 „Denn nur bei einem gewissen Tage, wie cum moriar, kann man sagen, daß die Condiction durchaus nicht gilt, auch wenn sie vor jenem Tage angestellt werden sollte."

Unterschieds ist schon oben (§ 124) angegeben worden. — Die Unmöglichkeit kann nun gegründet seyn in der Natur der Handlung, worauf das Rechtsverhältniß gerichtet ist, so z. B. wenn Einer verspricht, unmittelbar vor seinem Tode (cum morietur) nach Alexandrien zu kommen (i). Sie kann aber ferner gegründet seyn in der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses selbst, und dahin gehören folgende Fälle. Wenn der Niesbrauch gegeben wird für die Zeit unmittelbar vor dem Tode des Fructuars, so ist er unmöglich, weil er gleich in dem folgenden Augenblick wieder aufhören muß, also niemals genossen werden kann (k). Eben so war es, wenn einem Sklaven im Testament die Freyheit gegeben wurde für die Zeit seines Todes, oder für eine so entfernte Zeit, daß er sie gar nicht erleben konnte (l); denn die Freyheit hat nur Werth, insofern sie

(i) *L.* 46 § 1 *de V. O.* (45.1.). Man möchte einwenden, der Sterbende sey eben so wenig fähig Geld zu zahlen. Allein diese Handlung, als etwas Momentanes, ist von Seiten des Sterbenden wenigstens nicht undenkbar, und kann in jedem Fall von dem Erben nachgeholt werden, ohne ihren Werth und Character zu verändern, jene versprochene Reise war etwas ganz Persönliches. Ist die für die Todeszeit versprochene Handlung zwar auch zeitraubend, aber nicht persönlich, wie z. B. ein Hausbau, so war die Stipulation auch ungültig, da nur der Erbe sie erfüllen konnte: Justinian gestattete sie, so wie die post mortem. *L.* 15 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.).

(k) *L.* 51 *de usufructu* (7.1.), *L.* 5 *de usu et usufr. leg.* (33.2.). — Außerdem konnte ein Niesbrauch gegeben werden ex die, wenigstens gewiß durch Legat; bey den andern Entstehungsarten war die Möglichkeit wegen der besondern Form derselben streitig (Fragm. Vat. § 49. 50), für das neueste Recht ist es gewiß möglich.

(l) *L.* 4 § 1 *de statulib.* (40.7.), *L.* 17 *pr. L.* 61 *pr. de man. test.* (40. 4.), *L.* 107 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) — Über *L.* 4 § 1 cit. vgl. oben § 124. d. i., und § 121. t.

von dem Sklaven selbst genossen wird, anstatt daß Geld oder Geldeswerth auch den Erben zu gut kommt, und daher unter jenen Zeitbestimmungen allerdings gültig gegeben werden kann. Endlich ist hierauf zu beziehen das alte Verbot, Stipulationen zu schließen auf die Zeit post mortem des Gläubigers oder Schuldners (m), desgleichen Legate zu geben post mortem des Erben (n), welche Einschränkungen Justinian aufgehoben hat (o).

Eine unsittliche Zeitbestimmung kann nicht vorkommen, da alle Unsittlichkeit freye Handlungen voraussetzt, welche bevor sie geschehen stets ungewiß sind, anstatt daß die wahre Zeitbestimmung nur auf gewisse Ereignisse gegründet seyn kann.

§. 127.

III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.)

Es bleibt nun noch übrig, von dem Endtermin (ad diem) zu sprechen; mit diesem aber ist die Resolutivbedin-

(m) Gajus III. § 100. — Die Stipulation *cum* moriar, oder *cum* morieris scheint immer gültig gewesen zu seyn. § 15 *J. de inut. stip.* (3. 19.), Fr. Vat. § 98, *L.* 20 *L.* 76 *de j. dot.* (23. 3.), *L.* 67 § 6 *de leg.* 2, *L.* 32 *pr. ad. L. Falc.* (35. 2.), *L.* 45 § 1. 3 *L.* 121 § 2 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 4 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.). Der einzige Widerspruch, Gajus III. § 100, dürfte wohl auf einer falschen Leseart beruhen. Huschke Studien I. 279.

(n) Post mortem verboten, cum heres morietur erlaubt. Gajus II. § 232, Ulpian. XXIV. § 16. Bei Fideicommissen auch post mortem erlaubt. Gajus II, § 277, Ulpian. XXV. §. 8.

(o) § 13 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 11 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.). — § 35 *J. de legatis* (2. 20.), *L.* 11. *C. cit.*

gung nahe verwandt, und nur indem hier beide Rechtsinstitute zusammengefaßt werden, ist es möglich, für die Resolutivbedingung Dasjenige, was oben (§ 120) ausgesetzt bleiben mußte, auf befriedigende Weise nachzuholen. Beide sollen nunmehr in Anwendung auf die wichtigsten Rechtsverhältnisse betrachtet werden.

A. Die Erbeinsetzung kann weder durch Resolutivbedingung, noch durch Endtermin, begränzt werden, das heißt jede Nebenbestimmung dieser Art wird als nicht geschrieben betrachtet (§ 126. b). Der Grund liegt darin, daß das einmal erworbene Erbrecht überhaupt nicht wieder aufhören kann (a). Die praktische Wichtigkeit dieses Satzes ist jedoch durch die Einführung der Fideicommisse sehr vermindert worden, indem nun der Testator seinen Zweck dadurch großentheils erreichen kann, daß er den eingesetzten Erben verpflichtet, die Erbschaft unter einer

(a) *L.* 88 *de her inst.* (28. 5.) „. . cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, *ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse.*" — *L.* 3 § 2 *de liberis* (28. 2.) „. . hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, *quod est impossibile.*" — *L.* 3 § 10 *de minor.* (4. 4.) „. . . sine dubio *heres manebit, qui semel exstitit.*" Endlich auch *L.* 15 § 4 *de test. mil.* (29. 1.), wo das Entgegengesetzte als ein besonderes Vorrecht der Soldaten angegeben wird. — Die Neueren drücken das so aus: Semel heres, semper heres. — Über die Unanwendbarkeit der Resolutivbedingung ist auch eigentlich kein Streit, nur ist neuerlich von Mehreren behauptet worden, eine solche müsse dadurch künstlich aufrecht erhalten werden, daß man sie in die umgekehrte Suspensivbedingung verwandle, und so den Willen aufrecht erhalte. Allein auch diese Behauptung ist unhaltbar. Vgl. Sell S. 254 und die von ihm angeführten Schriftsteller.

Suspenſivbedingung, oder nach einer beſtimmten Zeit, an den Inteſtaterben zu reſtituiren.

B. Bey Legaten war es nach dem älteren Recht gleichfalls unmöglich, das Ende des Rechts durch Reſolutivbedingung oder durch Zeitbeſtimmung herbeyzuführen, und dieſer Satz konnte auf zweyerley Weiſe zur Anwendung kommen:

1) Wenn innerhalb der beſtimmten Zeit der Legatar (auf ein damnationis legatum) nicht geklagt hatte, ſo ſollte dennoch die Verpflichtung des Erben nicht (wie durch eine Art von Verjährung) erloſchen ſeyn (b). Schon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten aber wurde ohne Zweifel der Klage eine doli exceptio entgegengeſtellt, eben ſo wie es bey der Stipulation ausdrücklich bezeugt wird (Note f).

2) War das damnationis legatum bereits erfüllt, oder war es ein vindicationis legatum, ſo ſollte nicht etwa das Legat, durch den Eintritt der Bedingung oder des Tages, an den Erben zurück fallen. Dieſer Satz beruhte nicht blos auf einer vom Teſtator verfehlten Form, denn es konnte gar nicht der Legatar mit der Entrichtung eines neuen Legats (welches in dieſer Rückgabe enthalten geweſen wäre) onerirt werden (c). Durch die Einführung der Fideicommiſſe fiel dieſe letzte Beſchränkung hinweg (d), und

(b) *L.* 55 *de leg.* 1 (30. un.) „. . nec tempore .. aut conditione *finiri obligatio heredis* legatorum nomine potest." — *L.* 44 § 1 *de O. et A.* (44. 7.) „. . Placet enim ad tempus obligationem constitui non posse: *non magis quam legatum.*"

(c) Ulpian. XXIV. § 20, Gajus II. § 271.

(d) Gajus II. § 271.

nun war es blos ein Fehler in der Form, wenn jener Rückfall an den Erben nicht ſtatt fand, da ihn der Teſtator durch die für Fideicommiſſe eingeführten Ausdrücke unbedenklich bewirken konnte. Daher war es ganz conſequent, daß Juſtinian verordnete, ein ſolcher Formfehler ſolle niemals ſchaden, indem ein ſolches Legat immer ſo ausgelegt werden ſollte, als wäre, für den Fall der Bedingung oder für den beſtimmten Tag, die Rückgabe an den Erben als Fideicommiß auferlegt (e).

C. Auch Verträge ſollten nicht ſo eingerichtet werden, daß die Obligation durch Bedingung oder Zeit zu wirken aufhörte, und auch dieſe Regel war in denſelben zwey Bedeutungen anzuwenden, welche ſchon bey den Legaten erklärt worden ſind.

1) Verſprach alſo Jemand eine Zahlung dergeſtalt, daß die Klage zwar zunächſt wirkſam ſeyn, mit dem Eintritt einer Bedingung oder eines beſtimmten Tages aber (wie durch eine Art von Verjährung) wegfallen ſollte, ſo war dennoch die Klage auch nach jenem Zeitpunkt gültig; dieſe buchſtäbliche, die Abſicht verletzende, Strenge wurde jedoch ſpäterhin gemildert durch Zulaſſung einer doli oder pacti exceptio (f).

(e) *L.* 26 *C. de legatis* (6. 37.), welche gewiß eben ſowohl auf Reſolutivbedingung, als auf dies, geht. Vgl. Sell S. 258. — Hier alſo, wie auch anderwärts, iſt Juſtinian, in der Beſeitigung formeller Schwierigkeiten des älteren Rechts, bey Legaten weiter gegangen als bey der Erbeinſetzung; und nicht ohne Grund.

(f) Für die obligatio ad diem ſagt dieſes § 3 *J. de V. O.* (3. 15.), *L.* 56 § 4 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 44 § 1 *de O. et A.* (44. 7.),

2) War der Vertrag bereits erfüllt, so daß die eintretende Zeit oder Bedingung den Rückfall des Gegebenen hätte herbeyführen müssen, so sollte auch dieser Rückfall nicht eintreten. Gegen diese Folge aber half ohne Zweifel die condictio ob causam datorum (hier zusammen fallend mit der actio praescriptis verbis), deren Princip auf einen Fall dieser Art vollkommen anwendbar ist.

Bey den Verträgen nun ist es einleuchtend, daß diese strenge Ausschließung von Zeit und Bedingung nicht (wie früher bey den Legaten) in einer durch das Rechtsverhältniß selbst herbeygeführten Unmöglichkeit, sondern lediglich in einem Formfehler, gegründet war. Denn unbedenklich konnte auch schon in alter Zeit der Zweck erreicht werden, wenn nur das Aufhören der Obligation, oder der Rückfall des Gegebenen, in einer hinzugefügten zweyten, unter Suspensivbedingung oder ex die geschlossenen, Stipulation versprochen wurde, oder auch (bey dem dies) durch bloße Hinzufügung der Suspensivbedingung „si intra quinquennium petiero." Die Ungültigkeit lag also blos an einem Mangel der Form, und dagegen eben sollte die doli oder pacti exceptio schützen. Aber eben deshalb konnte die Ungültigkeit niemals behauptet werden, und es bedurfte gar

für die Resolutivbedingung *L.* 44 §. 2 *eod.* (vgl. über diesen §. Göschen obss. j. Rom. p. 66). Der Grund dieser Einschränkung wird in *L.* 44 § 1 *cit.* so ausgedrückt: „Nam quod alicui deberi coepit, *certis modis* desinit debere;" das heißt: der dies gehört nicht zu den unabänderlich bestimmten Tilgungsarten der Obligationen, und kann nicht durch Privatwillkühr diesen Character mitgetheilt bekommen.

nicht der nachhelfenden Exception, bey denjenigen Verträgen, welche gar keiner beſchränkenden Form unterworfen waren, ſondern nur nach der wahren Abſicht der Parteyen beurtheilt wurden, alſo vorzüglich bey den Conſenſualcontracten. In der That ſpricht die Stelle, worin von der alten Strenge berichtet wird (Note f), lediglich von der Stipulation. Dagegen war von jeher eine höchſt gewöhnliche und ganz unzweifelhafte Form des Miethcontracts die auf beſtimmte Jahre gerichtete, mit deren Ablauf doch gewiß die Verpflichtung des Vermiethers aufhört. Eben ſo wird bey dem Kauf und bey der (ohne Stipulation möglichen) Schenkung die völlige Wirkſamkeit der Reſolutivbedingung auf eine Weiſe anerkannt, die keinem Gedanken an ſpäteres Recht, und an künſtliche Nachhülfe, Raum läßt (§ 120. l. m). Dieſes alſo ſind die Fälle, worauf ſich auch ſchon nach dem früheren Recht das in ſeinen einzelnen Folgen völlig ausgebildete Inſtitut der Reſolutivbedingungen bezog; namentlich die im Fall der erfüllten Reſolutivbedingung ipso jure eintretende Rückkehr des Eigenthums zu dem früheren Eigenthümer, mit Vernichtung aller in der Zwiſchenzeit vorgenommenen, bis dahin gültigen, Veräußerungen (g).

(g) Einen Zweifel könnten erregen Juſtinians Worte in *L.* 26 *C. de legatis* (6. 37.) „Cum enim *jam constitutum sit*, fieri posse *temporales donationes et contractus*," welche allerdings auf neueres Recht hindeuten. Allein dieſe Worte gehen auf ſolche Schenkungen und andere Contracte, die durch Stipulation geſchloſſen werden, und auf die dabey zugelaſſene doli exceptio; ſie ſind alſo nur eine kurze Verweiſung auf den ausführlichen

Nachdem hier die eigentliche Bedeutung der nach früherem Recht bey Legaten und Obligationen unzulässigen Resolutivbedingungen und Endtermine angegeben worden ist, muß noch eine sehr eigenthümliche Anwendung derselben dargestellt werden. Verspricht Jemand eine jährliche Rente von Hundert, so wird dieses betrachtet als eine einfache, nur auf mehrere Zahlungen gerichtete, Stipulation, die auf ewige Zeiten fortwirken soll (h). Wird diese Obligation nun auf Fünf Jahre, oder auch auf Lebenszeit, beschränkt, so widerspricht das der oben angegebenen Regel, die Rente wird eine immerwährende, und gegen diese Härte half man nur erst später durch eine Exception (i). Allerdings hätten die Contrahenten leicht und sicher durch eine andere Form des Vertrags die wahre Absicht erreichen können; man brauchte nur, anstatt der fünfjährigen Rente, überhaupt Fünfhundert versprechen, und zwar in Fünf Portionen ex die: oder, anstatt der lebenslänglichen Rente, viele einzelne Summen, und zwar jede ex die und zugleich unter der suspensiven Bedingung des Erlebens; dieses Alles war ja von jeher erlaubt. Allein bei den Stipulationen sollte nicht auf die Absicht, sondern auf die Worte, gese-

Inhalt der *L.* 44 § 1. 2 *de O. et A.* (44. 7.) und der anderen in Note f. angeführten Stellen. — Ein besonderer Zweifel, in Beziehung auf die Schenkung allein, entsteht aus der Vergleichung der *L.* 2 *C. de don. q. s. modo* (8. 55.) mit ihrer sehr abweichenden früheren Gestalt in Fr. Vat. § 283; das Verhältniß dieser beiden Texte zu einander dürfte schwerlich ganz in's Reine zu bringen seyn.

(h) *L* 16 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 35 § 7 *de m. c. don.* (39. 6.).

(i) § 3 *J. de V. O.* (3. 15.).

hen werden, und ſo mußten der Schuldner und ſeine Erben den Formfehler ſo lange büßen, bis die ſchützende Exception erfunden war. Daß man nicht von jeher gegen ſolchen Unſinn Schutz ſuchte, erklärt ſich ſehr natürlich aus der Seltenheit ſolcher Stipulationen.

Anders verhielt es ſich mit Legaten von ähnlichem Inhalt, die in der That häufig vorkamen, und daher ein praktiſches Bedürfniß der Abhülfe mit ſich führten. Die Möglichkeit derſelben war durch den allgemeinen Grundſatz gegeben, Legate überhaupt mehr nach der Abſicht als nach dem Buchſtaben auszulegen (§ 118. a). Wußte man nun, daß, wie gewöhnlich, die Abſicht dahin gieng, durch die legirte Rente dem Legatar ſeinen perſönlichen Unterhalt ganz oder theilweiſe zu verſchaffen, ſo wurde durch folgende Interpretation für Alles geſorgt. Das Legat ſoll gelten, als wären es mehrere: die erſte Jahresrente iſt pure legirt, und wird mit des Teſtators Tod erworben; jede folgende iſt an die Suspenſivbedingung gebunden, wenn der Legatar den Tag, wo ſie fällig wird, erlebt (k). Dadurch erreichte man einen doppelten Vortheil. Erſtlich

(k) *L.* 4 *L.* 8 *de ann. leg.* (33. 1.), *L.* 10 *quando dies* (36. 2.), ferner die Stellen in Note h. — Bey einer Rente auf beſtimmte Jahre iſt es eine factiſche Frage, ob der Teſtator ſie als eine alimentenartige Unterſtützung (ſo wie die lebenslängliche) dachte, oder vielmehr als eine gewöhnliche Zahlung, die nur zur Erleichterung in Termine zertheilt iſt. Im erſten Fall wird ſie eben ſo behandelt, wie die lebenslängliche, im zweyten Fall iſt es ein einfaches Legat, welches ſogleich ganz erworben wird, ſo daß auch die nach des Legatars Tod fällig werdenden Termine an ſeinen Erben zu zahlen ſind. *L.* 20 *quando dies* (36. 2.), *L.* 3 *pr. de annuis* (33. 1.).

verhinderte man die immerwährende Dauer der Rente, die ja auch nicht in des Testators Absicht lag; zweytens entgieng man dem Verbot der zeitlichen Beschränkung der Legate, indem man nun nicht mehr mit einem einzelnen Legat ad diem zu thun hatte, welches ungültig gewesen wäre, sondern mit vielen bedingten Legaten, welche gültig waren.

D. Bey einigen dinglichen Rechten finden sich folgende ausdrückliche Bestimmungen.

Prädialservituten konnten durch Bedingung oder Zeit nicht beendigt werden, ohne Zweifel weil die Natur solcher Rechte auf immerwährende Dauer berechnet ist; pacti und doli exceptio schützt auch gegen diese buchstäbliche Strenge (l).

Der Niesbrauch dagegen, als ein ohnehin vergängliches Recht, konnte auch schon nach älterem Recht einer solchen willkührlichen Beendigung unterworfen werden (m). Und eben so auch das Pfandrecht, welches vermöge seiner neueren Entstehung, ohnehin weniger an die förmliche Strenge des alten Rechts gebunden ist (n).

Fassen wir alle bisher dargestellten Anwendungen zu-

(l) *L.* 4 *pr. de serv.* (8. 1.), *L.* 56 § 4 *de V. O.* (45. 1.). Durch die Natur der in jure cessio war dergleichen ohnehin ausgeschlossen; es muß also dabey entweder ein Legat vorausgesetzt werden, oder ein neben der in jure cessio (vor oder nachher) geschlossener besonderer Vertrag.

(m) Fragm. Vat. § 48. 52, *L.* 6 *de usu et usufr. leg.* (33. 2.), *L.* 16 § 2 *fam. herc.* (10. 2.), *L.* 12 *pr. C. de usufr.* (3. 33). In dieser letzten Stelle kommt eine ähnliche Interpretation vor, wie die in § 125. i. erwähnte; hier aber mit umgekehrtem Erfolg.

(n) *L.* 6 *pr. quib. modis pign.* (20. 6.).

sammen, so ergiebt es sich, daß Resolutivbedingungen und Endtermine fast überall wirksam seyn können, und daß die früheren Beschränkungen derselben, mit Ausnahme der Erbeinsetzung, für das heutige Recht fast spurlos verschwunden sind.

Auch ein Endtermin läßt sich so denken, daß die Anwendung desselben unmöglich wird. Dann wird derselbe als nicht geschrieben betrachtet, und das Rechtsverhältniß bleibt von dieser Seite her unbeschränkt (o).

§. 128.

III. Willenserklärungen. — Modus (a).

Rechtsgeschäfte, welche auf die Übertragung von Vermögensrechten, also auf ein Geben, gerichtet sind, können zugleich Bestimmungen über das fernere Schicksal des Empfangenen, vermittelst einer Verpflichtung des Empfängers, in sich aufnehmen. Die meisten Bestimmungen dieser Art gehören zum eigenthümlichen Inhalt der einzelnen Geschäfte selbst, und es entsteht für sie weder das Bedürfniß, noch die Möglichkeit, sie unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, den Bedingungen und Zeitbestimmungen ähnlich, zu brin-

(o) So z. B. wenn ein Nießbrauch auf Hundert Jahre legirt wird, da der Legatar diese Zeit gewiß nicht erlebt.

(a) Unter den oben (§ 116) im Allgemeinen angeführten Rechtsquellen gehören hierher besonders: Dig. XXXV. 1, Cod. VI. 45, VIII. 55.

gen. So z. B. wenn bey dem Darlehen die Rückgabe des Geldes, oder vom Käufer bey Empfang der Sache die Zahlung des Kaufpreises, versprochen wird, so sind das wesentliche Theile dieser Verträge: verspricht der Käufer, das erkaufte Haus, so lange der Verkäufer lebt, nicht zu veräußern, oder dem Verkäufer darin drey Jahre lang freye Wohnung zu geben, so liegen darin zufällige Nebenverträge; in beiden Fällen dient die Contractsklage dazu, diese Verpflichtungen zur Ausführung zu bringen. Indessen können manche Bestimmungen dieser letzten Art auch in die Form von Bedingungen eingekleidet werden, und wirken dann in anderer Weise (b).

Nur bey einigen Rechtsgeschäften reichte diese Behandlungsweise nicht aus, und so ist für diese eine besondere Art von Nebenbestimmungen, der Modus, ausgebildet worden. Es sind dieses die testamentarischen Verfügungen, und die Schenkung; bey denselben ist zuvor das besondere Bedürfniß im Einzelnen nachzuweisen, weil nur dadurch ein fester Standpunkt für das erwähnte Rechtsinstitut gewonnen werden kann.

1. Erbeinsetzung. Besteht die Verpflichtung des Erben darin, daß er einem Dritten Etwas gebe, so ist ein solches Bedürfniß nicht vorhanden, da die Legate, und späterhin auch noch die Fideicommisse, für jenen Zweck vollkommen

(b) *L.* 41 *pr. de contr. emt.* (18. 1.). Hier ist nur gesagt, die Übereinkunft könne, je nach der Absicht der Parteyen, als pactum adjectum, oder als conditio, gemeynt seyn: von einem dritten möglichen Fall (dem modus) ist nicht die Rede.

ausreichen. Aber der Erblaſſer kann auch ganz andere Dinge dem Erben auflegen: z. B. ein Denkmal zu errichten, öffentliche Spiele oder Gaſtmähler zu veranſtalten, das Grab des Verſtorbenen auf beſtimmte Weiſe zu beſuchen und zu ſchmücken u. ſ. w. Manches dieſer Art kann unter der Form einer Bedingung bewirkt werden; für Anderes iſt dieſe unpaſſend, und überall kann der Erblaſſer die Form einer neuen, fortwirkenden Verpflichtung vorziehen. Dazu dient dann der Modus.

2. Legat. Auch hier kommen Verpflichtungen der eben beſchriebenen Art vor, wozu der Modus angewendet werden kann (c). Aber bey ihnen war er lange Zeit auch wichtig und unentbehrlich, wenn der Legatar einem Dritten Etwas geben ſollte, da der Legatar mit einem neuen Legat nicht belaſtet werden kann. Durch die Einführung der Fideicommiſſe freylich, die dem zuletzt erwähnten Zweck völlig genügen, fiel dieſes Bedürfniß des Modus hinweg (§ 127. c. d.).

3. Fideicommiſſe. Der Modus kommt hier auf gleiche Weiſe vor, wie bey den Legaten.

4. Eben ſo auch bey der teſtamentariſchen Freylaſſung, neben welcher dem Sklaven jede Leiſtung, ſey es als Bedingung, ſey es als Modus, nach Gutfinden des Teſtators auferlegt werden konnte. Hier war das Bedürfniß zu allen Zeiten ſo ausgedehnt, wie in früherer Zeit bey den Legaten. Denn auch mit einem Fideicommiß kann nur

(c) *L.* 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

Derjenige belaſtet werden, der von dem Verſtorbenen ein Vermögensrecht bekommen hat (d); da nun die Freyheit ein ſolches nicht iſt, ſo war es conſequent, die Belaſtung der Freygelaſſenen mit Fideicommiſſen, wenn ſie blos die Freyheit erhielten, auszuſchließen (e).

5. Bey Schenkungen waren lange Zeit die gewöhnlichen Rechtsmittel (actio praescriptis verbis und condictio) für ſolche Verpflichtungen des Beſchenkten ausreichend. Späterhin fand man es gut, eine ähnliche Behandlung wie bey Legaten eintreten zu laſſen, und nun war auch hier das Bedürfniß vorhanden, den Modus als eigenes Rechtsinſtitut anzuwenden.

Als Name dieſes Rechtsinſtituts iſt modus techniſch (f), obgleich freylich derſelbe Name oft in anderer, ſehr allgemeiner Bedeutung gebraucht wird, z. B. für die Begränzung oder die Ausübungsart eines Rechts, alſo für deſſen nähere Beſtimmung. Im Deutſchen hat man dafür Zweck und Zweckbeſtimmung vorgeſchlagen, jedoch nicht paſſend; denn wenn Jemand einen Freund oder Verwandten zum Erben einſetzt, und ihm die Errichtung eines Denkmals zur Pflicht macht, ſo hat er zum Zweck bey der Erbeinſetzung, ſein Vermögen in die Hände einer würdigen und geliebten Perſon zu bringen, nicht ein Denkmal zu veran-

(d) *L.* 1 § 6 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 9 *C. de fideic.* (6. 42.).

(e) *L.* 94 § 2 *L.* 95 *de leg.* 1 (30. un.).

(f) Der Ausdruck ſteht in dieſer beſtimmten Bedeutung in der Überſchrift der drey in der Note a. angeführten Titel; eben ſo in *L.* 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

laſſen. Zutreffender iſt der Ausdruck **Verwendung**, da in den allermeiſten Fällen das Empfangene, oder ein Theil deſſelben, zur Ausführung des Modus verwendet werden ſoll. Jedoch auch dieſer Ausdruck hat eine zu abſtracte Geſtalt, um den Gedanken an das ſehr eigenthümliche Rechtsinſtitut hervorzurufen, und ſo iſt es beſſer den lateiniſchen Kunſtausdruck beyzubehalten, der ſchon durch ſeine fremde Herkunft zu einer individuellen Bezeichnung geſchickter iſt.

Es bedarf aber einer Rechtfertigung, daß hier der Modus mit der Bedingung und Zeitbeſtimmung auf gleiche Linie geſtellt, alſo unter die Selbſtbeſchränkungen des Willens aufgenommen wird (§ 114), da er vielmehr eine Erweiterung des Willens auf einen neuen Gegenſtand zu enthalten ſcheint. Jene Auffaſſung rechtfertigt ſich durch die quantitative Betrachtung jedes Vermögens oder Vermögensſtücks als einer bloßen Geldſumme. Da dieſe Betrachtung eben ſowohl auf das urſprünglich Gegebene (z. B. die Erbſchaft oder das Legat), als auf den Modus, anwendbar iſt, ſo erſcheint der Modus als eine Verminderung des Werths der urſprünglichen Gabe, und inſofern kann man ſagen, daß der auf das Geben gerichtete Wille, durch Aufnahme eines Modus, ſich ſelbſt beſchränke. Darin iſt alſo auch die Gleichartigkeit des Modus mit Bedingung und Zeit begründet.

Für die Anwendung iſt es nöthig, den Begriff des Modus, nach zwey Seiten hin, ſcharf zu begränzen: er

darf nämlich auf der einen Seite nicht verwechſelt werden mit der Bedingung, auf der andern nicht mit dem bloßen Wunſch oder Rath.

Für die Gränze zwiſchen Bedingung und Modus iſt zu bemerken, daß in den meiſten Fällen die bezweckte Handlung auf beiden Wegen gleich ſicher bewirkt werden kann, nur vermittelſt ganz verſchiedener Rechtsverhältniſſe. Die Bedingung nämlich ſuspendirt, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, ſuspendirt aber nicht. Der Modus iſt daher weit vortheilhafter für den, welcher handeln ſoll, denn erſtlich wird durch ihn der Rechtserwerb ſelbſt (das dies cedit) nicht hinausgeſchoben, und dadurch in die Gefahr des gänzlichen Verluſts gebracht; zweytens kann der Genuß des Rechts erlangt werden durch bloße Caution, ohne Vollziehung der Handlung ſelbſt; drittens iſt hier die eintretende Unmöglichkeit der Handlung unſchädlich (g). Die Unterſcheidung beider Rechtsformen iſt daher für jeden einzelnen Fall praktiſch wichtig. Auch hier ſind die gebrauchten Worte unſichere Führer (h), und es muß

(g) Zweifel könnte erregen *L.* 1 *C. de his quae sub modo* (6. 45.) „In legatis quidem et fideicommissis etiam *modus adscriptus pro conditione observatur.*" ... Das heißt aber nur, der Modus wird eben ſowohl als die Bedingung beachtet, aufrecht erhalten, namentlich durch Forderung einer Caution: völlige Gleichheit ſollte damit nicht ausgeſprochen werden. Das ergiebt ſich deutlich aus dem nachfolgenden Hauptſatz, zu welchem jene Worte blos als Eingang dienen ſollten.

(h) Eigentlich bezeichnet *si* die Bedingung, *cum* die Zeit, *ut* den Modus (*L.* 80 *de cond.* 35. 1), aber dieſer Unterſchied wird nicht ſtreng beobachtet, ſ. o. § 125. d. — Auch der Ausdruck conditio wird oft gebraucht, wo entſchieden ein Modus gemeynt iſt. Vgl.

vielmehr aus den Umſtänden die wahre Abſicht ermittelt werden (i). Bleibt die Abſicht völlig zweifelhaft, ſo iſt der Modus, als die geringere Beſchränkung, vorzugsweiſe vor der Bedingung, anzunehmen (k). In Einem Fall wahrer, aber unzuläſſiger, Bedingung, bey der conditio jurisjurandi, wird die Abſicht des Teſtators durch Verwandlung in einen Modus aufrecht erhalten (§ 123. s. t.).

Auf der andern Seite darf der Modus nicht mit ſolchen Erklärungen verwechſelt werden, die gar nicht die Abſicht einer rechtlichen Verpflichtung in ſich ſchließen. Wird alſo ein Legat oder eine Schenkung gegeben mit der Erklärung, daß der Empfänger davon ein Haus zu bauen, oder ein Landgut zu kaufen habe, ſo gilt dieſes gewöhnlich als bloßer Ausdruck eines Rathes oder Wunſches, auch wohl blos um die Veranlaſſung der Gabe zu bezeichnen; eine Verpflichtung iſt dann nur unter ſolchen Umſtänden anzunehmen, welche die darauf gerichtete Abſicht beſonders wahrſcheinlich machen (l).

L. 71 § 1 *de cond.* (35. 1.), *L.* 2 § 7 *de don.* (39. 5.), *L.* 44 *de man. test.* (40. 4.).

(i) *L.* 44 *de man. test.* (40. 4.), *L.* 80 *de cond.* (35. 1.). Die Schwierigkeit dieſer letzten Stelle iſt doch wohl am ſicherſten durch Wegſtreichen des non zu beſeitigen, welches nach dem Zeugniß der Gloſſe auch ſchon in alten Handſchriften fehlte. Die Erklärung von Rücker interpr. II. 3 iſt nicht haltbar.

(k) *L.* 9 *de R. J.* (50. 17.).

(l) *L.* 13 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 71 *pr. de cond.* (35. 1.), *L.* 2 § 7 *de don.* (39. 5.).

§. 129.

III. Willenserklärungen. — Modus. (Fortsetzung.)

Es ist nunmehr anzugeben, durch welche Mittel der in dem Modus enthaltene Wille eines Gebers zur Ausführung gebracht wird.

1) Ist ein einziger Erbe eingesetzt, und diesem der Modus auferlegt, so kann von einer Obligation nicht die Rede seyn, weil ihm kein Creditor gegenüber steht. Hier übernimmt die Obrigkeit den Zwang gegen den Erben, theils durch außerordentliche Zwangsmittel, theils indem dem Erben, wenn er Klagen aus der Erbschaft anstellen will, dieselben einstweilen verweigert werden. Sind mehrere Erben eingesetzt, so kann Jeder den Andern durch die actio familiae herciscundae zur Erfüllung des Modus anhalten (a).

2) Ist der Modus einem Legatar oder Fideicommissar vorgeschrieben, so nimmt die Verpflichtung die Gestalt einer Obligation an, indem nun der Erbe die Stelle des Verstorbenen vertritt, und für die Ausführung des Willens zu sorgen hat. Dieses geschieht regelmäßig dadurch, daß die Entrichtung des Legats so lange, vermittelst einer doli exceptio, verweigert wird, bis der Legatar für die Erfüllung des Modus Caution gestellt hat (b). Ist der Legatar

(a) *L.* 7 *de ann. leg.* (33. 1.) „interventu judicis," *L.* 50 § 1 *de her. pet.* (5. 3.) „principali aut pontificali auctoritate," *L.* 8 § 6 *de cond. inst.* (28. 7.) (s. o. §. 123. s. t.), *L.* 1 § 3 *ubi pup.* (27. 2.).

(b) *L.* 40 § 5, *L.* 71 *pr.* §1. 2,

durch Zufall bereits in den Beſitz des Legats gekommen, ſo kann es der Erbe zurück fordern, um dann jene Caution zu erzwingen (c). Ein eigenes Intereſſe an der Erfüllung braucht der Erbe nicht nachzuweiſen, der Wille des Erblaſſers iſt als ſein wohlbegründetes Intereſſe zu betrachten (d).

Außerdem kann aber auch dem Legatar gegenüber ein obrigkeitlicher Zwang eintreten, unabhängig von dem erwähnten Rechte des Erben (e).

3) Bey der teſtamentariſchen Freylaſſung erfolgt die Freyheit von ſelbſt, ſo daß alſo hier ein Zwang durch verweigerte Klage nicht möglich iſt. Daher wurde hier die Erfüllung des Modus durch die Obrigkeit unmittelbar erzwungen (f).

4) Bezieht ſich der Modus auf eine Schenkung, ſo iſt der Zwang zur Erfüllung ſo eigenthümlicher Art, daß er nur im Zuſammenhang mit dem ganzen Recht der Schenkung dargeſtellt werden kann (§ 175).

Ferner kann auch in allen oben genannten Fällen der

L. 80 *de cond.* (35. 1.), *L.* 48 *de fid. lib.* (40. 5.). — Der bey dem Erben, wie bey dem Legatar, öfter vorkommende Ausdruck denegantur actiones geht ſowohl auf die officielle Verweigerung von Seiten des Richters (bey dem Erben), als auf die durch des Gegners Widerſpruch veranlaßte (bey dem Legatar).

(c) *L* 21 § 3 *de ann. leg.* (33. 1.), *L.* 17 *de usu leg.* (33. 2.), *L.* 25 *C. de leg.* (6. 37.).

(d) *L.* 19 *de leg.* 3 (32 un.).

(e) *L.* 92 *de cond.* (35. 1.) „ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est." Vgl. über den in dieſer Stelle vorkommenden Fall auch *L.* 15 *C. de fideic.* (6. 42.).

(f) *L.* 44 *de man. test.* (40. 4.), „officio judicis," *L.* 17 § 2 *eod.*

Testator selbst den Modus dadurch mehr sichern, daß er dem Verpflichteten, der ihn nicht erfüllt, eine Strafe an eine öffentliche Kasse androht (g).

Überall aber ist der Modus ähnlichen Beschränkungen unterworfen, wie die Bedingung. Geht er also auf etwas Unsittliches oder Thörichtes, so wird die Erfüllung desselben nicht verlangt (h).

Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne daß die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet (i); darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. — Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten (k).

(g) *L.* 6 *pr. L.* 27 *de cond.* (35. 1.). Die Strafe wird von der dieser Kasse vorgesetzten öffentlichen Behörde eingetrieben; bey uns also von der Armenverwaltung, wenn etwa die Strafe an die Armenkasse im Testament gewiesen ist. Dieser Fall ist wesentlich verschieden von dem legatum poenae nomine, und das Verbot dieses letzten bezog sich auf jenen Fall niemals.

(h) *L* 7 *de ann. leg.* (33. 1.), *L.* 113 § 5 *de leg.* 1 (30. un.). — Die amtliche Einwirkung höherer Gewalten, z. B. des Kaisers oder der pontifices (Note a. e) bezog sich nicht auf den Schutz des Modus überhaupt, der dazu nicht wichtig genug war, sondern auf den besonderen Inhalt desselben, wenn er etwa auf die Errichtung eines Grabmals gieng, oder auf die Emancipation von Kindern; von diesen Fällen ist in den angeführten Stellen die Rede.

(i) *L.* 8 § 7 *de cond. inst.* (28. 7.), *L* 1 *C. de his quae sub modo* (6. 45.). Dadurch sind die bey Bedingungen vorkommende Fälle fingirter Erfüllung (§ 119) von selbst absorbirt.

(k) *L.* 6 *pr. L.* 27, *L.* 37 *de cond.* (35. 1.), *L.* 16 *de usu et usufr.* (33. 2.).

durch Zufall bereits in den Beſitz des Legats gekommen, ſo kann es der Erbe zurück fordern, um dann jene Caution zu erzwingen (c). Ein eigenes Intereſſe an der Erfüllung braucht der Erbe nicht nachzuweiſen, der Wille des Erblaſſers iſt als ſein wohlbegründetes Intereſſe zu betrachten (d).

Außerdem kann aber auch dem Legatar gegenüber ein obrigkeitlicher Zwang eintreten, unabhängig von dem erwähnten Rechte des Erben (e).

3) Bey der teſtamentariſchen Freylaſſung erfolgt die Freyheit von ſelbſt, ſo daß alſo hier ein Zwang durch verweigerte Klage nicht möglich iſt. Daher wurde hier die Erfüllung des Modus durch die Obrigkeit unmittelbar erzwungen (f).

4) Bezieht ſich der Modus auf eine Schenkung, ſo iſt der Zwang zur Erfüllung ſo eigenthümlicher Art, daß er nur im Zuſammenhang mit dem ganzen Recht der Schenkung dargeſtellt werden kann (§ 175).

Ferner kann auch in allen oben genannten Fällen der

L. 80 *de cond.* (35. 1.), *L.* 48 *de fid. lib.* (40. 5.). — Der bey dem Erben, wie bey dem Legatar, öfter vorkommende Ausdruck denegantur actiones geht ſowohl auf die officielle Verweigerung von Seiten des Richters (bey dem Erben), als auf die durch des Gegners Widerſpruch veranlaßte (bey dem Legatar).

(c) *L* 21 § 3 *de ann. leg.* (33. 1.), *L.* 17 *de usu leg.* (33. 2.), *L.* 25 *C. de leg.* (6. 37.).

(d) *L.* 19 *de leg.* 3 (32 un.).

(e) *L.* 92 *de cond.* (35. 1.) „ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est." Vgl. über den in dieſer Stelle vorkommenden Fall auch *L.* 15 *C. de fideic.* (6. 42.).

(f) *L.* 44 *de man. test.* (40. 4.), „officio judicis," *L.* 17 § 2 *eod.*

Testator selbst den Modus dadurch mehr sichern, daß er dem Verpflichteten, der ihn nicht erfüllt, eine Strafe an eine öffentliche Kasse androht (g).

Überall aber ist der Modus ähnlichen Beschränkungen unterworfen, wie die Bedingung. Geht er also auf etwas Unsittliches oder Thörichtes, so wird die Erfüllung desselben nicht verlangt (h).

Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne daß die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet (i); darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. — Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten (k).

(g) *L.* 6 *pr. L.* 27 *de cond.* (35. 1.). Die Strafe wird von der dieser Kasse vorgesetzten öffentlichen Behörde eingetrieben; bey uns also von der Armenverwaltung, wenn etwa die Strafe an die Armenkasse im Testament gewiesen ist. Dieser Fall ist wesentlich verschieden von dem legatum poenae nomine, und das Verbot dieses letzten bezog sich auf jenen Fall niemals.

(h) *L* 7 *de ann. leg.* (33. 1.), *L.* 113 § 5 *de leg.* 1 (30. un.). — Die amtliche Einwirkung höherer Gewalten, z. B. des Kaisers oder der pontifices (Note a. e) bezog sich nicht auf den Schutz des Modus überhaupt, der dazu nicht wichtig genug war, sondern auf den besonderen Inhalt desselben, wenn er etwa auf die Errichtung eines Grabmals gieng, oder auf die Emancipation von Kindern; von diesen Fällen ist in den angeführten Stellen die Rede.

(i) *L.* 8 § 7 *de cond. inst.* (28. 7.), *L* 1 *C. de his quae sub modo* (6. 45.). Dadurch sind die bey Bedingungen vorkommende Fälle fingirter Erfüllung (§ 119) von selbst absorbirt.

(k) *L.* 6 *pr. L.* 27, *L.* 37 *de cond.* (35. 1.), *L.* 16 *de usu et usufr.* (33. 2.).

Besonders merkwürdig ist derjenige Modus, welcher in einer Leistung des Erben oder des Legatars an eine dritte Person besteht (l) Diesen konnte der Testator, besonders seit Einführung der Fideicommisse, dadurch unmittelbar sichern, wenn er dem Dritten, durch die Form eines Legats oder Fideicommisses, ein Klagerecht auf Erfüllung verschafft hätte. Dennoch behandelte man es lange Zeit nicht also, sondern ließ nur die oben erwähnten indirecten Zwangsmittel eintreten, anstatt dem Dritten, was das Einfachste war, ein Klagerecht zu gestatten. Der Grund davon lag ohne Zweifel blos in der von dem Testator gerade gebrauchten Formel, und es war gewiß fast immer nicht die Absicht des Testators, sondern ein Formfehler, weshalb der Wille nur unvollkommnen und minder sicheren Schutz erhielt (m). Diese Schwierigkeit überwand zuerst K. Severus zum Vortheil der Freyheit, indem er den auf Manumission gerichteten Modus als eine fideicommissarische

(l) Ein solcher kommt mitten unter anderen Arten des Modus, als ihnen völlig gleichartig vor in *L.* 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

(m) Nämlich das Legat hätte so lauten müssen: do lego, oder damnas esto; das Fideicommiß: fidei committo, rogo, peto, volo (Gajus II. 249). War keine dieser Formeln gebraucht, sondern die auferlegte Leistung blos mit ut eingeleitet, so war es ein bloßer Modus, und der Dritte hatte keine Klage. Diese Ansicht ist deutlich ausgesprochen in *L.* 92 *de cond.* (35. 1.), *L.* 3 § 5. 6 *de leg. praest.* (37. 5.), *L.* 8 § 5 *de transact.* (2. 15.). — Die Sache ist sehr merkwürdig; die Fideicommisse waren eingeführt als Befreyung von der förmlichen Strenge des alten Civilrechts. Die Römer waren aber so an den Formalismus gewöhnt, daß ihnen auch die Fideicommisse wieder zu einer einengenden Form wurden, zu deren Beseitigung eine neue Anstrengung nöthig war.

Freylaſſung behandelte, und alſo durch die Fideicommißklage des Sklaven ſchützte. K. Gordian that den letzten Schritt, indem er daſſelbe Recht auf den in einem Geben beſtehenden Modus anwandte (n). Seitdem kann nun von einem Modus, der in einer Leiſtung an dritte Perſonen beſteht, gar nicht mehr die Rede ſeyn. Denn ein ſolcher iſt nun, ohne Rückſicht auf die gewählten Ausdrücke, als wahres Legat oder Fideicommiß zu behandeln, und bedarf eines indirecten Schutzes nicht mehr, da der Dritte ſtets eine Klage auf die Entrichtung hat.

§. 130.

III. Willenserklärungen. — Erklärung. Förmliche.

Die Grundlage jeder Willenserklärung iſt das Daſeyn des Wollens, welches bisher betrachtet worden iſt; unſere Betrachtung muß nun weiter fortſchreiten zu der Offenbarung deſſelben, wodurch das innere Ereigniß des Wollens in die ſichtbare Welt als Erſcheinung eintritt; das heißt, wir haben die Erklärung des Willens zu betrachten (§ 104. 114). Dieſe nun ſchließt folgende wichtige Gegenſätze in ſich. Sie kann förmlich oder formlos ſeyn; ausdrücklich oder ſtillſchweigend; wirklich vorhanden, oder fin-

(n) *L.* 2 *C. de his q. sub modo* (6. 45). — Aus dieſer Entwicklung des Rechts erklärt es ſich zugleich, warum die *L.* 48 *de fid. lib.* (40. 5.), die blos vom Fall eines Modus handelt, in dieſen Digeſtentitel geſetzt worden iſt. Vgl. Cujacii obs. XIV. 25, und opp. IX. 857.

girt, das heißt vermöge einer Rechtsregel als vorhanden anzuſehen.

Förmliche Willenserklärungen ſind diejenigen, deren Wirkſamkeit durch die Beobachtung einer poſitiv vorgeſchriebenen Handlungsweiſe bedingt iſt, die allein als Ausdruck dieſes Willens gelten ſoll; wir nennen ſie vorzugsweiſe förmlich, weil in ihnen die Form durch poſitive Rechtsregeln als nothwendig beſtimmt iſt, anſtatt daß ſie bey den formloſen der freyen Willkühr der Handelnden überlaſſen bleibt. Dieſe förmlichen Willenserklärungen nehmen vorzüglich im älteren Römiſchen Recht eine wichtige Stelle ein, und zwar in der beſondern Geſtalt feyerlicher Handlungen, wodurch der eigenthümliche Sinn eines jeden Rechtsverhältniſſes ſymboliſch dargeſtellt, und ſo auf ſinnliche Weiſe für die Betheiligten und für Andere zur Anſchauung gebracht wird. In dieſer Art die Rechtsgeſchäfte zu behandeln zeigt ſich zunächſt ein im Recht thätiger Kunſtſinn (a); allein neben dieſer äſthetiſchen Seite der ſymboliſchen Handlungen darf auch die praktiſche nicht überſehen werden. Nichts iſt geeigneter, als eine ſolche ſymboliſche Form, um in dem Handelnden den Zuſtand geſammelter Beſonnenheit zu wecken, der für alle ernſten Geſchäfte ſo wünſchenswerth iſt. Ferner kommt ein Entſchluß über wichtige Dinge ſelten mit einemmal zur Reife; es pflegt ihm ein Zuſtand der Unentſchiedenheit vorherzugehen, worin die Übergänge

(a) J. Grimm von der Poeſie im Recht, Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft B. 2 Num. II.

allmälig und unmerklich ſind, und deſſen Unterſcheidung von dem vollendeten Wollen eben ſo ſchwierig ſeyn kann, als ſie für den ſpäter urtheilenden Richter unentbehrlich iſt. Jene ſymboliſche Form nun dient als untrügliches Kennzeichen des reifen Entſchluſſes. Dazu kommen, als untergeordnete Vortheile, die Sicherung des Beweiſes für den Fall eines künftigen Rechtsſtreites, ſo wie die Öffentlichkeit, die das neue Rechtsverhältniß durch die ſymboliſche Form erhält, und die in vielen Fällen wünſchenswerth und wichtig ſeyn kann. Nicht als ob Römiſche Geſetzgeber (wie etwa der Alles ordnende Romulus) durch die Erwägung dieſer Vortheile bewogen worden wären, die ſymboliſchen Handlungen willkührlich zu erfinden und vorzuſchreiben. Wollte ein Geſetzgeber dieſes verſuchen, ſo würde er doch nur die ungeſchickte Darſtellung eines Schauſpiels erzwingen, und jene Vortheile würden ihm unter den Händen meiſt verſchwinden, da ſie gerade davon abhängen, daß der Handelnde ſelbſt von dem Werth und der Bedeutung der Handlung durchdrungen iſt. Vielmehr entſtehen ſolche Formen durch den einer Nation inwohnenden bewußtloſen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der oben beſchriebenen heilſamen Folgen wirkſam iſt.

Auch würde es ein großer Irrthum ſeyn, wenn man das Daſeyn ſolcher ſymboliſchen Handlungen ausſchließend im Römiſchen Recht anerkennen wollte. Dieſelben zeigen ſich vielmehr bey den verſchiedenſten Völkerſtämmen, und beſonders im alten germaniſchen Recht nehmen ſie eine

sehr wichtige Stelle ein (b). Den Römern eigen ist der besondere Beruf, das Recht überhaupt, vorzugsweise vor anderen Nationen, zu einem hohen Grad der Vollendung zu bringen. Wie sich dieses in der späteren wissenschaftlichen Ausbildung unverkennbar zeigt, so auch in den, einem früheren Zeitalter angehörenden, symbolischen Handlungen; sie erscheinen bey ihnen ausgebildeter und fester, als bey anderen Völkern, und sie erhalten sich weit länger in gleichförmig fortdauernder Gestalt.

Die Entstehung der symbolischen Rechtsformen fällt überall in diejenige Entwicklungsstufe, in welcher die Phantasie vor anderen Geisteskräften mächtig ist. In demselben Maaße, als der reflectirende Verstand seine Oberherrschaft ausbreitet, müssen jene Formen erst lästig erscheinen, dann verkümmern und absterben. So war es auch im Römischen Recht, und in dessen neuester Gestalt sind nur noch geringe Überreste vorhanden, von welchen wiederum nur Weniges, fast nur als Erinnerung an längst verschwundene Zeitalter, in das heutige Europa herüber gekommen ist. — Wo aber diese wichtige Veränderung in dem Recht vorgeht, da werden meist andere Formen, durch willkührliche Vorschrift der Gesetzgeber, an die Stelle treten. Dahin gehört die schriftliche Abfassung der Rechtsgeschäfte, und, in höherer Stufe, die Abfassung vor Gericht, vor Notarien, vor Hypothekenbehörden. Die wichtigste und häufigste unter diesen neueren Formen war bey den Rö-

(b) J. Grimm in der angeführten Abhandlung.

mern die gerichtliche Insinuation. Sie bestand darin, daß ein Rechtsgeschäft vor einer städtischen Curie, oder auch vor der Kanzley (officium) des Statthalters einer Provinz abgeschlossen, und in das Gerichtsprotokoll (Acta, Gesta) wörtlich eingetragen wurde, wovon man dann den Betheiligten, so oft es nöthig war, beglaubigte Abschriften mittheilte. Es geschah oft ganz willkührlich, blos um einer Handlung mehr Feyerlichkeit oder sicherern Beweis zu geben. Dann wurde es auch bey einigen Handlungen als besondere Form erfordert, namentlich bey Schenkungen, bey der Abfassung von Testamenten, so wie bey der Eröffnung derselben (c).

Solche willkührlich eingeführte Formen gewähren gleichfalls die oben dargestellten praktischen Vortheile, nur mit dem Unterschied, daß die untergeordneten Folgen der symbolischen Handlungen (die Sicherung des Beweises und die Publicität) hier mehr in den Vordergrund treten, während die inneren und wesentlichen Vortheile, die bey den symbolischen Handlungen mit ihrer lebendigen Anschaulichkeit zusammenhängen, hier weniger erreicht werden können, wo die Form nur als ein äußeres Gebot erscheint, dem man sich unvermeidlich fügen muß. In dieser Zusammenstellung übrigens soll nur eine Anerkennung des eigenthümlichen Characters verschiedener Zeitalter liegen, der sich in dem Recht wie in anderen Seiten des Völkerlebens offenbart. Das eine auf Kosten des andern erheben zu wollen,

(c) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 1 § 27—29.

wäre ein nichtiges Bemühen; jedes hat sein Gutes zu genießen, seine Mängel aber zu tragen, oder, wenn es vermag, minder fühlbar zu machen. Am wenigsten kann es die Absicht seyn, die Gesetzgeber zu tadeln, welche durch Einführung neuer Formen dem praktischen Bedürfniß da entgegen kommen, wo die Sinnesart verschwunden ist, in welcher allein die symbolischen Handlungen entstehen, und ein lebendiges Daseyn fortführen können.

§. 131.

III. Willenserklärungen. — Erklärung. Ausdrückliche oder stillschweigende.

Die Erklärung kann ferner entweder eine ausdrückliche, oder eine stillschweigende seyn. Der Wille selbst nämlich, als eine innere Thatsache, kann nur mittelbar, durch eine sinnlich wahrnehmbare Thatsache, erkannt werden. Dieses Mittel der Erkenntniß kann nun von zweyerley Art seyn. Gewöhnlich hat es nur allein die Bestimmung, als Kennzeichen des Willens zu dienen; nicht selten aber hat es zunächst eine andere, selbstständige Bestimmung, jedoch so daß es daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schließt. Im ersten Fall heißt die Willenserklärung ausdrücklich, im zweyten stillschweigend (a).

(a) Neuerlich hat man die Benennungen unmittelbarer und mittelbarer Willenserklärungen vorgeschlagen; ich ziehe die im Text gebrauchten vor, theils als anschaulicher, theils als üblicher und daher bekannter. Genauer wäre es allerdings, diejenige die wir stillschweigend zu nennen pflegen, als Einwilligung durch Handlungen zu bezeichnen, weil der Ausdruck

Das Mittel der ausdrücklichen Erklärung kann bestehen in mündlicher Rede, in schriftlicher Rede (b), oder auch in bloßen Geberden; so z. B. wenn derjenige, welchem ein bestimmter Vertrag angeboten wird, durch bloßes Zunicken seine Einwilligung ausdrückt (c): oder wenn der Gegenstand des Vertrags durch Hindeuten mit der Hand bezeichnet wird (d). Nur wird nicht leicht ein ganzes Rechtsgeschäft durch bloße Geberden zu Stande kommen, vielmehr wird dann die Erklärung meist aus Worten und Geberden gemischt seyn (e). — Die schriftliche Willenser-

stillschweigend zu einer Verwechslung dieses Falles mit dem des bloßen Schweigens (§ 132) verleiten kann; die Bezeichnung wäre aber wörtlich unbehülflicher, und jene Verwechslung wird durch das Herkömmliche des hier beybehaltenen Sprachgebrauchs abgewendet. — Für ungenau halte ich es, den Unterschied beider Arten davon abhängig zu machen, ob der Wille aus einer äußeren Thatsache mit oder ohne Schlußfolgerungen erkannt werden könne (Göschen Vorlesungen I. S. 274). Wenn eine undeutlich gefaßte Vertragsurkunde nur durch künstliche Auslegung, wozu gewiß auch Schlüsse nöthig sind, verstanden werden kann, so ist sie darum nicht weniger eine ausdrückliche Willenserklärung. Auch darin kann, streng genommen, der Unterschied nicht gesetzt werden, daß bey der einen Art durch Worte, bey der anderen ohne Worte, der Wille erklärt werde; denn es kann auch eine stillschweigende Erklärung in bloßen Worten enthalten seyn, wenn diese Worte zunächst einen andern Zweck haben, als zum Ausdruck gerade dieses Willens zu dienen; davon werden sogleich Beyspiele unter den stillschweigenden Erklärungen vorkommen. Vgl. die Stellen in den Noten q. r. t.

(b) Beide stehen einander ganz gleich, natürlich mit Ausnahme der förmlichen Rechtsgeschäfte. *L.* 38 *de O. et A.* (44. 7.) „.. placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur."

(c) *L.* 21 *pr. de leg.* 3 (32. un.), *L.* 1 § 3 *de adsign. lib.* (38. 4.), *L.* 52 § 10 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 17 *de nov.* (46. 2.).

(d) *L.* 6 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 58 *pr. de her. inst.* (28. 5.).

(e) Vgl. die Stellen in Note d.

klärung wird seit dem Mittelalter hauptsächlich durch die eigenhändige Unterschrift des eigenen Namens unter irgend eine, von dem Unterschreibenden oder einem Anderen herrührende Schrift bewirkt, wodurch er den Inhalt dieser Schrift für seinen Gedanken und Willen erklärt. Wir sind an diese Form, in Briefen, wie in Urkunden über Rechtsgeschäfte, so gewöhnt, daß gewiß Viele glauben, sie verstehe sich von selbst, und es könne darin gar nicht anders seyn; den Römern aber war diese Form fremd, und sie ist bey ihnen erst spät und in sehr beschränkten Anwendungen eingeführt worden.

Die in Worten enthaltene ausdrückliche Willenserklärung ist, eben so wie die Gesetzgebung, einer Auslegung empfänglich, und oft bedürftig (f). Die allgemeinsten Principien der Gesetzauslegung (§ 32—37) kommen auch hier insofern zur Anwendung, als in beiden Fällen der Zweck nur darauf gerichtet seyn kann, den in dem todten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unsrer Betrachtung wieder entstehen zu lassen. Auch darin kommen beide Fälle überein, daß die Römischen Juristen für die Behandlung derselben zwar eine Fülle belehrender Bey-

(f) Ein Unterschied zwischen beiden liegt allerdings darin, daß das Gesetz als einzelnes Element des in dem positiven Recht enthaltenen großen Ganzen weit allgemeiner Gegenstand einer kunstmäßigen Behandlung seyn kann und muß, als das völlig vereinzelt stehende Rechtsgeschäft. Von diesem kann man daher mit mehr Wahrheit sagen, als von dem Gesetz, daß es nur unter Voraussetzung der Dunkelheit, also eines zufälligen und mangelhaften Zustandes, der Auslegung bedarf (vgl. § 50).

spiele, daneben aber sehr unzureichende und nur mit Vorsicht anzuwendende allgemeine Regeln aufgestellt haben. Hier in das Einzelne dieser Regeln einzugehen, würde nicht räthlich seyn, da sie mit der Eigenthümlichkeit der Verträge und der Testamente dergestalt in Verbindung stehen, daß sie nur im Zusammenhang des Obligationenrechts und des Erbrechts zweckmäßig dargestellt werden können.

Die stillschweigende Erklärung des Willens besteht in solchen Handlungen, die zwar selbstständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen. Sollen sie dafür gelten, so muß ein sicherer Schluß möglich seyn von der vorgenommenen Handlung auf das Daseyn des Willens (g). Die Annahme einer stillschweigenden Erklärung beruht also stets auf einer wirklichen Beurtheilung der einzelnen Handlung, mit Rücksicht auf alle Umstände, von welchen sie begleitet ist, und diese Beurtheilung nimmt hier dieselbe Stelle ein, wie bey der ausdrücklichen die Auslegung der gebrauchten Worte. Nicht selten wird die Handlung für sich allein gar nicht als Willenserklärung gelten können, sondern es wird dazu der positiven Mitwirkung äußerer Umstände bedürfen; aber auch wo aus ihr allein ein Schluß auf den Willen in der Regel wohlbegründet seyn mag, kann derselbe dennoch durch entgegenwirkende Umstände entkräftet werden. Diese

(g) Die Neueren drücken das so aus: es müssen facta concludentia seyn.

werden oft ganz individueller Natur ſeyn, alſo lediglich in dem beſondern Hergang eben dieſer einzelnen Handlung liegen; ſie können aber auch einen allgemeineren Charakter an ſich tragen, ſo daß ſie ſich auf gemeinſame Regeln zurückführen laſſen. So wird die Wirkſamkeit einer Handlung als ſtillſchweigender Willenserklärung vor Allem entkräftet durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, welche Proteſtation oder Reſervation genannt wird (h). Ferner wenn die Handlung eine erzwungene iſt, weil nun der Handelnde nicht die Abſicht gehabt hat, ſeinen Willen auszudrücken, ſondern ſich nur dem gedrohten Übel entziehen wollte. Endlich auch wenn die Handlung auf einem ſolchen Irrthum beruht, daß ſie um ſeinetwillen nicht als Ausdruck jenes Willens gelten kann (i).

Alle dieſe Regeln werden durch folgende in unſren Rechtsquellen vorkommende Anwendungen anſchaulich werden.

Wenn der Gläubiger ſeinem Schuldner den Schuldſchein einhändigt (k), ſo kann dieſe Handlung nach Umſtänden ganz verſchiedene Bedeutungen haben. Sie kann

(h) Proteſtation iſt der allgemeinere Ausdruck; Reſervation wird von dem beſonderen Fall gebraucht, worin wir uns gegen die Annahme der ſtillſchweigenden Verzichtung auf ein Recht durch ausdrückliche Gegenerklärung verwahren.

(i) Vgl. Beylage VIII. Num. XII., worin dieſes Hinderniß ſtillſchweigender Willenserklärung ausführlich dargeſtellt, und zugleich in gehörige Gränzen eingeſchloſſen iſt.

(k) Iſt der Schuldner auf andere Weiſe, als durch des Gläubigers Willen, in Beſitz des Schuldſcheins gekommen, ſo entſteht dadurch gar keine dem Gläubiger nachtheilige Vermuthung. *L.* 15 *C. de sol.* (8. 43.).

geben als stillschweigender Erlaß der Schuld (l), besonders wann etwa der Schuldner vorher um Erlaß gebeten hatte; sie kann die Zahlung der Schuld wahrscheinlich machen, wenn auch nicht vollständig beweisen (m); sie kann aber auch zu ganz anderen Zwecken geschehen seyn; z. B. weil der Schuldner Abschrift davon zu nehmen wünschte. — Auf ähnliche Weise wird das Durchstreichen des Schuldscheins, nach Umständen, bald als Beweis der Zahlung (n), bald als stillschweigender Erlaß gelten können. — Wenn derjenige, dem eine Erbschaft angefallen ist, Geschäfte, die zu derselben gehören besorgt, so liegt in dieser pro herede gestio in der Regel eine stillschweigende Antretung der Erbschaft (o). Es kann aber diese Deutung einer solchen Handlung ausgeschlossen werden, theils durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, theils durch Irrthum, theils durch erweisliche andere Absichten (p). — Die freywillige Einlassung vor einem incompetenten Richter gilt als stillschweigende Prorogation; jedoch wird durch Irrthum über die Gerichtsbarkeit diese Wirkung der Einlassung ausgeschlossen (q). — Wer den Prozeß, den ein Anderer ohne Auftrag für ihn führte, selbst fortführt, genehmigt dadurch

(l) *L.* 2 § 1 *de pactis* (2. 14.), *L.* 7 *C. de remiss. pign.* (8. 26.).

(m) *L.* 14 *C. de sol.* (8. 43.) In diesem Fall liegt in der Rückgabe des Scheins ein Anerkenntniß der empfangenen Zahlung, oder eine stillschweigende Quittung.

(n) *L.* 24 *de prob.* (22. 3.).

(o) § 7 *J. de her. qual.* (2. 19.), *L.* 20 *pr.* § 1 *de adqu. her.* (29. 2.), Gajus II. § 166. 167, Ulpian. XXII. § 25. 26.

(p) *L.* 20 *pr.* § 1 *de adqu. her.* (29. 2.), *L.* 14 § 7. 8 *de relig.* (11. 7.).

(q) *L.* 1 *L.* 2 *pr. de jud.* (5. 1.), *L.* 15 *de jurisd.* (2. 1.).

die von dem Andern bisher vorgenommenen Prozeßhandlungen (r). — Wenn ein Gläubiger für einen künftigen Zeitraum Zinſen annimmt, ſo liegt darin das ſtillſchweigende Verſprechen, bis zum Ablauf dieſes Zeitraums das Kapital nicht einzufordern (s). — Wenn Jemand eine fremde Sache verpfändet, der Eigenthümer aber die Pfandurkunde unterſchreibt, ſo liegt darin eine ſtillſchweigende Einwilligung in die Verpfändung (t). — Wenn ein Miterbe alle Grundſtücke der Erbſchaft verkauft, die übrigen Miterben aber nicht nur gegenwärtig ſind ohne zu widerſprechen, ſondern auch ihren Theil am Kaufgeld in Empfang nehmen, ſo ſind ſie als ſtillſchweigende Verkäufer ihres Antheils zu betrachten (u).

§. 132.

III. Willenserklärungen. — Erklärung. Durch bloßes Schweigen.

Das bloße Stillſchweigen zu den Handlungen, oder auf die Frage eines Anderen, kann in der Regel nicht als Einwilligung oder Zugeſtändniß betrachtet werden (a). Trägt

(r) *L.* 5 *ratam rem.* (46. 8.).
(s) *L.* 57 *pr. de pactis* (2. 14.).
(t) *L.* 26 §1 *de pign.* (20. 1.).
(u) *L.* 12 *de evict.* (21. 2.).
(a) *L.* 142 *de R. J.* (50. 17.) „Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare." — Wenn alſo *C.* 43 *de R. J. in VI.* ſagt: Qui tacet, consentire videtur, ſo kann das nicht als Regel gelten, ſondern darf vielmehr nur auf die hier nachfolgenden Ausnahmen bezogen werden. An eine Abänderung des R. R. durch das canoniſche iſt bey einer ſo abſtracten Regel ohnehin nicht zu denken; zum Überfluß aber iſt die angeführte Stelle des R. R. als *C.* 44 *de R. J. in VI.* unmittelbar hinter

mir alſo ein Anderer einen Vertrag an, und erklärt, daß er mein Schweigen als Einwilligung betrachten werde, ſo bindet mich dieſes dennoch nicht, da Jener kein Recht hat, mich, wenn ich nicht einwillige, zu einem poſitiven Widerſpruch zu nöthigen. — Von dieſem Standpunkt aus ſind denn auch die wichtigen Ausnahmen jener Regel zu betrachten, welche nunmehr zuſammengeſtellt werden ſollen. Sie gründen ſich ſtets auf eine vorausgeſetzte Pflicht, ſich zu erklären, mag nun dieſe in der beſonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältniſſes ihren Grund haben (beſonders bey Familienverhältniſſen), oder in dem natürlichen Anſpruch des Anderen auf Ehrfurcht, oder in dem Zuſammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen. Alle dieſe Ausnahmen haben eine ganz poſitive Natur, und es iſt unzuläſſig, ſie durch Aufnahme anderer, ähnlicher Fälle vermehren zu wollen. In einigen derſelben wird die Auslegung des Schweigens als einer Einwilligung ſogar auf den Fall des unmöglichen Wollens ausgedehnt; dieſe Ausdehnung aber trägt vielmehr die Natur einer fingirten Einwilligung an ſich.

Wenn der Vater ſeine Tochter verlobt, ſo gilt das bloße Schweigen der Tochter als Einwilligung. Eben ſo, wenn die Tochter ſich ſelbſt verlobt, das Schweigen des Vaters (b). — Die Adoption im engern Sinne wird gültig ſchon durch das bloße Schweigen des Adoptir-

jene bedenklich lautende Stelle geſetzt worden.

(b) *L.* 12 *pr. de sponsal.* (23. 1.). — *L.* 7 § 1 *eod.*

ten (c). Eben so verhält es sich auch mit der Emancipation (d). — Wenn ein Vormund eine anwesende Person als Bürgen benennt, und dieser ohne zu widersprechen die Eintragung in das Gerichtsprotokoll geschehen läßt, so ist er dadurch wirklich Bürge geworden (e). — Die Ehe eines in väterlicher Gewalt stehenden Kindes wird nur durch des Vaters Einwilligung gültig; als Einwilligung aber gilt das bloße Stillschweigen des Vaters, wenn diesem die Ehe bekannt ist (f). — Der Vater, welcher die Ernennung seines Sohnes zum Decurio einer Stadt weiß, und dazu schweigt, wird als einwilligend betrachtet (g). — Wenn eine geschiedene Frau dem Manne ihre Schwangerschaft anzeigt, so gilt dessen Schweigen als Anerkennung

(c) *L.* 5 *de adopt.* (1. 7.). Darum ist die Adoption eines Kindes (Infans) möglich, welches zwar nicht widerspricht, aber auch unfähig ist zum Wollen wie zum Widersprechen; hier ist also die Einwilligung fingirt.

(d) Daß hier dasselbe gilt, wie in dem vorhergehenden Fall, ergiebt sich aus *L.* 5 *in f. C. de emanc.* (8. 49), verglichen mit Paulus II. 25 § 5.

(e) *L.* 4 § 3 *de fidej. et nomin.* (27. 7.).

(f) Ursprünglich war bey dem Sohn ein ausdrücklicher, und zwar vorhergehender, Consens des Vaters nöthig. *pr. J. de nupt.* (1. 10); bey der Tochter ließ man auch schon früher das bloße Stillschweigen des Vaters zu. *L.* 25 *C. de nupt.* (5. 4). Aber auch bey dem Sohn wurde in einzelnen Fällen durch kaiserliche Rescripte das Schweigen für genügend erklärt. *L.* 5 *C. de nupt.* (5. 4.). Durch die Aufnahme eines solchen Rescripts in den Codex ist nun dieser, ohnehin der neueren Begünstigung der Ehe angemessene, Satz zur allgemeinen Regel erhoben. Die oben aus den Institutionen angeführte Vorschrift des vorhergehenden Consenses ist daher Ausdruck der strengen älteren Regel, und nur aus Versehen aus dem Werk eines alten Juristen in die Compilation aufgenommen.

(g) *L.* 2 *pr. ad munic.* (50. 1.), *L.* 1 *C. de filiisfam.* (10. 60.).

des Kindes (h). — Wird die Ehe einer filiafamilias aufgelöst, so kann der Vater nur mit Einwilligung der Tochter auf Rückgabe der Dos klagen; jedoch gilt ihr Stillschweigen als Einwilligung (i). — Wenn der Erbe, der durch Testament zur Restitution der Erbschaft verpflichtet ist, die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars weiß und dazu schweigt, so gilt dieses als Restitution (k). — Das Schweigen des Vaters zu einem Gelddarlehen, welches sein Sohn aufnimmt, gilt als Einwilligung (l). — Eben so das Schweigen des Vaters oder Herrn, wenn der Sohn oder Sklave mit dem Peculium Handelsgeschäfte treibt; hier hat die Einwilligung die Folge, daß sich der Vater die für ihn ungünstigere tributoria actio gefallen lassen muß (m). — Der Vermiether, der den Miether nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache stillschweigend fortsetzen läßt, hat damit den Miethcontract verlängert (n). — Wenn ohne Auftrag des Schuldners Bürgschaft geleistet wird, der Schuldner aber dazu wissentlich schweigt, so gilt dieses als Mandat (o). — Das Urtheil eines Schiedsrichters

(h) *L.* 1 § 4 *de agnosc.* (25. 3.).

(i) *L.* 2 § 2 *sol. matr.* (24. 3.). Dieses nun wird dahin ausgedehnt, daß der Vater ohne Einwilligung klagen kann, wenn die Tochter wahnsinnig, also zum Widerspruch unfähig ist; hier ist der Consens wiederum ein fingirter.

(k) *L.* 37 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1.).

(l) *L.* 12. 16 *ad Sc. Maced.* (14. 6.).

(m) *L.* 1 § 3 *de tribut. act.* (14. 4.).

(n) *L.* 13 § 11 *locati* (19. 2.). Von Seiten des Miethers geschieht dieses nicht durch bloßes Schweigen, da die Fortsetzung des Gebrauchs eine positive Handlung ist.

(o) *L.* 6 § 2 *mandati* (17. 1.), *L.* 60 *de R. J.* (50. 17.).

verpflichtet die Parteyen zur Erfüllung des Inhalts nur wenn ſie einwilligen; wenn ſie jedoch zehen Tage lang nicht widerſprechen, ſo gilt ihr Schweigen als Einwilligung (p). — Wenn eine Anlage auf einem Grundſtück dem Nachbar die Gefahr einer Beſchädigung durch Regenwaſſer zuzieht, dieſer aber dazu wiſſentlich ſchweigt, ſo willigt er ein durch dieſes bloße Schweigen (q).

In dieſen ausgenommenen Fällen wird das bloße Stillſchweigen als Kennzeichen des wirklich vorhandenen Willens angeſehen, gerade ſo wie bey der gewöhnlichen ſtillſchweigenden Willenserklärung (§ 131) die poſitive Handlung. Daher muß auch, aus ähnlichen Gründen wie bey dieſer, eine ſolche Wirkung des Schweigens oft ausgeſchloſſen werden. Dieſes iſt zu behaupten, wenn aus den beſonderen Umſtänden des einzelnen Falles andere Beweggründe des Schweigens hervorgehen; ferner wenn der Schweigende durch Zwang oder durch Irrthum zum Schweigen beſtimmt worden iſt. Dagegen würde eine Proteſtation in dieſen Fällen gar nicht denkbar ſeyn, indem dieſe ſtets in einer ausdrücklichen Erklärung beſteht, durch eine ſolche aber der Fall des bloßen Stillſchweigens gänzlich ausgeſchloſſen wird.

(p) *L.* 5 *pr. C. de receptis arb.* (2. 56.).

(q) *L.* 19 *de aqua pluvia* (39. 3.).

§. 133.

III. Willenserklärungen. — Erklärung. Fingirte.

Alle bisher dargeſtellten Fälle der Willenserklärung kommen darin überein, daß wir den durch ſie offenbarten Willen als eine wirklich vorhandene Thatſache annehmen, wie verſchieden auch unſere Beweggründe zu dieſer Annahme ſeyn mögen. Daneben aber giebt es auch wichtige Fälle, welchen eine poſitive Rechtsregel die Kraft einer Willenserklärung beylegt, ohne daß deshalb der Wille als Thatſache behauptet werden kann; ich bezeichne dieſe als fingirte Erklärung. Allerdings liegt bey mehreren Fällen dieſer Art eine allgemeine Wahrſcheinlichkeit des Willens zum Grunde, den man daher einen vermutheten oder präſumtiven nennen könnte; allein in anderen Fällen läßt ſich auch dieſe Wahrſcheinlichkeit nicht behaupten, die Gränze zwiſchen jenen und dieſen iſt ſchwankend, und in jedem Fall die Unterſcheidung derſelben unfruchtbar (a). Die gänzliche Verſchiedenheit von der ſtillſchweigenden Willenserklärung, die ſtets eine wirkliche iſt, zeigt ſich

(a) Es wäre den Worten nicht unangemeſſen, dieſen Unterſchied durch die Ausdrücke praesumtus und fictus zu bezeichnen. Vgl. Hofacker I. § 183—185; die Gründe, warum ich dieſen Sprachgebrauch verwerfe, ſind im Text angegeben. — Andere brauchen dieſelben Ausdrücke, um die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit des Gegenbeweiſes auszudrücken. So Mühlenbruch I. § 98. — Die von mir angewendete Bezeichnung wird, als die einfachſte, am wenigſten Misverſtändniſſe veranlaſſen. Der ſchwankende Ausdruck praesumtus consensus, der an ſich auch für die ſtillſchweigende Erklärung gebraucht werden könnte, wird dann ganz beſeitigt.

darin, daß manche hierher gehörende Fälle gar nicht auf einer einzelnen Handlung beruhen, die etwa als Zeichen des Willens interpretirt werden könnte, sondern auf einem allgemeinen, bleibenden persönlichen Verhältniß: ferner daß diese Fiction in mehreren Fällen zur Anwendung kommt, worin der wirkliche Wille nicht einmal möglich ist.

Eine fingirte Willenserklärung kommt in folgenden Fällen vor. Ist für einen Abwesenden ein Rechtsstreit zu führen, so dürfen für ihn seine Kinder, Eltern, Brüder, Schwäger, Freygelassene als fingirte Procuratoren auftreten; desgleichen der Mann für seine Frau (b). — Eben dahin gehören sämmtliche Fälle des sogenannten stillschweigenden Pfandrechts. Es würde ganz unrichtig seyn anzunehmen, in jedem Rechtsgeschäft, woran ein solches geknüpft ist, sey der Wille des Schuldners, gewisse Sachen zu verpfänden, auch wirklich enthalten. Wenn z. B. Jemand eine Wohnung miethet, oder ein Landgut pachtet, so wird er, wenn er nicht zufällig Rechtsgelehrter ist, schwerlich daran denken, daß seine Mobilien oder seine Feldfrüchte mit einem Pfandrechte behaftet werden; es geschieht kraft einer Rechtsregel, welche dieses Pfandrecht als natürlich, billig und zweckmäßig voraussetzt (c). —

(b) *L.* 35 *pr. de proc.* (3. 3.), *L.* 21 *C. eod.* (2. 13.).

(c) Zweifel könnte hieran erregen der Ausdruck pignus tacite contrahitur, den man als Anerkenntniß einer stillschweigenden Willenserklärung ansehen könnte. Allein ein solcher Ausdruck würde in keinem Fall entscheidend seyn; am wenigsten ist er es hier, da *L.* 4 *pr. in quib. causis pign.* (20. 2.) sagt: „*quasi* id tacite convenerit," und *L.* 6 *pr. eod.* „tacite *intelliguntur* pignori

Ferner gehört dahin die Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung oder neue Verpfändung der Sache, welche stets so ausgelegt wird, als wäre darin die freywillige Aufhebung des eigenen Pfandrechts, oder wenigstens die Einräumung des Vorzugs an den neuen Gläubiger enthalten (d). — Endlich auch diejenigen Fälle des als Einwilligung geltenden bloßen Stillschweigens, worin in der That weder Einwilligung noch Widerspruch möglich ist; so bey der Adoption oder Emancipation Desjenigen, der noch in dem Kindesalter steht, ferner bey der wahnsinnigen Tochter, deren Vater ihre Dos nach aufgelöster Ehe zurückfordern will (§ 132. c. d. i.).

Da in diesen Fällen der Wille gar nicht als Thatsache angenommen wird, so daß wir dabey kein der Auslegung ähnliches Verfahren anzuwenden haben, so kann es auch nicht auf individuelle Umstände ankommen, wodurch bey der stillschweigenden Willenserklärung die Wahrscheinlichkeit erhöht oder vermindert werden kann (§ 131). Eben so wird hier der Zwang oder Irrthum nicht auf ähnliche Weise, wie bey der stillschweigenden Willenserklärung hin-

esse," welches gerade die eigentlichsten Bezeichnungen einer Fiction sind.

(d) *L.* 4 § 1 *L* 7 *pr. quibus modis pign.* (20. 6.). — *L.* 12 § 4 *qui potiores* (20. 4.). — Hier könnte man noch zweifeln, ob nicht vielmehr eine stillschweigende Willenserklärung in jenen Einwilligungen angenommen werde. Dagegen ist aber zu bedenken, daß diese Regeln als schlechthin geltend aufgestellt werden, obgleich man in vielen Fällen nicht wird behaupten können, daß sich der Gläubiger gerade diesen Erfolg seiner Einwilligung bestimmt gedacht habe.

dernd einwirken (e). Nur die ausdrückliche Gegenerklärung, das heißt die Proteſtation, ſoll in der Regel die Fiction ausſchließen. Dieſes iſt ausdrücklich anerkannt bey der Prozeßführung durch nahe Verwandte u. ſ. w., wenn der entgegengeſetzte Wille des Abweſenden dargethan werden kann (f). — Eben ſo auch bey der Einwilligung des Pfandgläubigers in den Verkauf der verpfändeten Sache (g). — Es hat ferner durchaus keinen Zweifel in den meiſten Fällen des ſtillſchweigenden Pfandrechts. Wenn alſo Jemand ein Haus miethet oder ein Landgut pachtet, wenn der Fiscus einen Vertrag ſchließt, wenn einem Ehemann eine Dos verſprochen wird, ſo kann zuverläſſig durch einen Nebenvertrag die Entſtehung des ſtillſchweigenden Pfandrechts ausgeſchloſſen werden.

Dagegen giebt es allerdings einige ausgenommene Fälle, in welchen eine ſolche Proteſtation entweder undenkbar, oder nach poſitiven Rechtsregeln unzuläſſig iſt. Undenkbar iſt ſie bey der Adoption oder Emancipation im Kindesalter, ſo wie bey der Klage auf die Dos der wahnſinnigen Tochter, weil nämlich Kinder und Wahnſinnige überhaupt nicht wollen können. — Unzuläſſig iſt ſie bey dem ſtillſchwei-

(e) Wenn der Miether durch Drohungen zu dem Contract gezwungen wird, ſo iſt dieſer in jeder Beziehung unwirkſam, alſo auch in Beziehung auf das Pfandrecht; es läßt ſich aber nicht behaupten, daß die Drohung den ſtillſchweigend erklärten Willen der Verpfändung ausſchließe, denn ein ſolcher Wille iſt überhaupt nicht vorhanden.

(f) *L.* 40 § 4 *de proc.* (3. 3.) „. . non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, *sed ne contraria voluntas probetur*" . . .

(g) *L.* 4 § 1 *quibus modis pign.* (20. 6.).

genden Pfandrecht, welches die Frau am Vermögen des Mannes wegen Rückgabe der Dos hat. Denn wollte die Frau diesem Pfandrecht entsagen, so würde sie dadurch ihre rechtliche Lage in Beziehung auf die Dos ungünstiger stellen, welches, wenn es nicht mit Rücksicht auf Kinder dieser Ehe geschieht, überhaupt unwirksam ist (h). — Eben so ist die Protestation unzulässig bey dem stillschweigenden Pfandrecht, welches der Unmündige und der Minderjährige am Vermögen des Vormundes hat. Denn die Übernahme der Vormundschaft, welche den Grund jenes Pfandrechts enthält, geschieht weder durch Vertrag, noch überhaupt durch die Willkühr des Vormunds. Er selbst kann also durch seinen Willen weder diese Übernahme verhindern, noch die durch Rechtsregeln daran geknüpften Folgen verändern; eben so aber steht auch ihm gegenüber Niemand, der durch seinen Willen dieses zu bewirken fähig wäre.

§. 134.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Absichtliche.

Bisher ist die Willenserklärung nach ihren beiden Bestandtheilen betrachtet worden, dem Willen an sich (§ 114 — 129), und der Erklärung desselben (§ 130—133); es bleibt noch übrig, von der Übereinstimmung beider Stücke,

(h) *L.* 1 § 1 *de dote praeleg.* (33. 4.), *L.* 17 *de pactis dotal.* (23. 4.).

aber von ihrer Verbindung zu einem Ganzen zu reden. Jedoch ist dieses nicht so zu verstehen, als ob beide ihrer Natur nach von einander unabhängig wären, etwa wie der Wille Eines Menschen von dem eines Anderen, deren Übereinstimmung in der That ganz zufällig ist; vielmehr sind sie schon ihrem Wesen nach als verbunden zu denken. Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung. Daraus folgt aber, daß die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung nicht etwas Zufälliges, sondern ihr naturgemäßes Verhältniß ist.

Allein es läßt sich eine Störung dieses natürlichen Verhältnisses denken. Dann entsteht ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung, aus dieser geht der falsche Schein des Willens hervor, und das ist es, was ich die Erklärung ohne Willen nenne.

Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können. Daher darf die erwähnte Störung nicht angenommen werden in dem einfachsten dafür denkbaren Fall, wenn nämlich Derjenige, welcher Etwas als seinen Willen erklärt, heimlich den entgegengesetzten Willen hat, mag er sich auch darüber anderwärts (etwa schriftlich, oder vor Zeu-

gen) deutlich ausgesprochen haben (a). Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird, also unabhängig bleibt von dem bloßen Gedanken des Handelnden. Dieses kann geschehen auf zweyerley Weise. Erstlich mit dem Bewußtseyn des Handelnden, indem Dasjenige, was sonst als Zeichen des Willens dient, in diesem einzelnen Fall erweislich einen anderen Zweck hat. Zweytens ohne dessen Bewußtseyn, indem derselbe in einem solchen Irrthum befangen ist, wodurch der Wille selbst ausgeschlossen, und der bloße Schein des Willens hervorgebracht wird. Ich nenne jenes die *absichtliche*, dieses die *unabsichtliche* Erklärung ohne Willen.

Die *absichtliche* Erklärung ohne Willen macht für die allgemeine Betrachtung wenig Schwierigkeit, und nur die Anwendung kann zuweilen durch zweifelhafte Thatsachen schwierig werden. Die wichtigsten Fälle derselben möchten folgende seyn.

Worte, die an sich auch den vollendeten Willen auszudrücken fähig sind, können gebraucht seyn als Ausdruck des unentschiedenen Zustandes (§ 130), der nur erst auf

(a) Eine solche reservatio mentalis, verbunden mit einem angenommenen falschen Namen, wird vorausgesetzt in *C.* 26 X. *de spons.* (4. 1.); in dem besonderen Fall dieser Stelle wird ihr sogar seltsamerweise Wirkung zugeschrieben, woraus aber gewiß Niemand geneigt seyn wird ein Rechtsprincip zu bilden. Vergl. Böhmer Jus eccl. Prot. Lib. 4 Tit. 1 § 142.

dem Wege war, künftig in einen wahren Willen überzugehen (b).

Dieſelben Worte, welche gewöhnlich bey einem Rechtsgeſchäft angewendet werden, können zum Scherz gebraucht ſeyn, oder als Übung bey dem Unterricht in einer Sprache oder im Recht (c), oder bey einer dramatiſchen Darſtellung.

Sie können ferner gebraucht ſeyn bey einem wirklichen Rechtsgeſchäft, aber in einer blos ſymboliſchen Bedeutung, ſo daß der unmittelbare Wortſinn ganz unwirkſam bleibt. So erhielt bey dem Römiſchen Teſtament der familiae emtor keine Rechte (d). Die Worte eines Kaufcontracts wurden bey der Mancipation, und in manchen anderen Fällen (e), blos ſymboliſch gebraucht, und bey einer älteren Form der Vindication wurde eine sponsio praejudicialis von Fünf und Zwanzig Seſterzen geſchloſſen, die

(b) *L.* 24 *de test. mil.* (29. 1.). Soldaten können bekanntlich ohne alle Form teſtiren. Darüber heißt es hier: „Id privilegium sic intelligi debet ... ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse ... Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui, *Ego te heredem facio*: aut, *Tibi bona mea relinquo*: non oportet hoc pro testamento observari ... et per hoc judicia vera subvertuntur." Hier, wie in den übrigen Fällen dieſer Art, kommt es theils auf die Auslegung der Worte an (§ 131), theils auf den Zuſammenhang derſelben mit allen umgebenden Ereigniſſen.

(c) *L.* 3 § 2 *de V. O.* (45. 1.). „Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim, si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa, ego tibi dixero: *Spondes?* et tu responderis, *Spondeo*: nascetur obligatio. War es ſo bey der Stipulation, wie viel mehr bey anderen Contracten, in welchen der Buchſtabe weit mehr der Abſicht untergeordnet blieb.

(d) Gajus II. § 103.

(e) Gajus II. § 252, *L.* 66 *de j. dot.* (23. 3.).

blos den Prozeß reguliren sollte, und niemals eingeklagt wurde (f).

Wird ein Rechtsgeschäft durch Drohungen herbeygeführt, so ist dasselbe darum nicht minder vorhanden und an sich wirksam, aber der Bedrohte wird gegen die nachtheiligen Folgen desselben durch mancherley Anstalten des positiven Rechts geschützt (§ 114). Ganz anders wenn die Drohung angewendet wird, nicht um den Willen selbst, sondern um das bloße Zeichen des Willens hervorzubringen, z. B. wenn Einer durch Drohungen bestimmt wird, seinen Namen unter eine Urkunde, die er nicht einmal gelesen hat, zu schreiben (§ 131). Hier ist es einleuchtend, daß kein Wille vorhanden seyn konnte, da er den Inhalt der Urkunde nicht kannte: es war also das bloße Zeichen des Willens vorhanden, welches nicht den Zweck hatte, den Willen zu erklären, sondern nur das gedrohte Übel abzuwenden (g).

Endlich gehört dahin auch der, oft allein erwähnte, Fall der Simulation. Darunter wird eine gemein-

(f) Gajus IV. § 93. 94.

(g) Die Unterscheidung beider Fälle im allgemeinen Begriff ist unzweifelhaft, in der Anwendung kann es ungewiß seyn, wohin der einzelne Fall zu rechnen ist, da die Gränzen in einander laufen. Erheblich wird der Zweifel nicht seyn, da die praktische Behandlung des gar nicht vorhandenen und die des erzwungnen Vertrags nicht sehr verschieden ausfallen kann. — Gar nicht dahin gehört der Fall, wenn Einem mit absoluter Gewalt die Hand zur Unterschrift geführt wird. Hier handelt er gar nicht, eben so wie wenn ein Anderer seine Schriftzüge nachmacht; es ist also überhaupt keine von ihm ausgehende Erklärung vorhanden, deren Widerspruch mit seinem Willen bemerkt werden könnte.

ſchaftliche Willenserklärung Mehrerer verſtanden, die darüber einverſtanden ſind, ihren Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben (h). Der allgemeine Grundſatz geht nun dahin, daß die wahre Meynung gelten ſoll, nicht die aus den Worten hervorgehende ſcheinbare (i). Es kommt dieſes vor in folgenden verſchiedenen Anwendungen:

1) Wenn überhaupt gar kein Rechtsgeſchäft gewollt wird, obgleich die Worte auf ein ſolches lauten (k).

2) Wenn ein anderes, als das wörtlich ausgeſprochene, Rechtsgeſchäft gewollt wird (l).

3) Wenn andere Perſonen Träger des Rechtsverhältniſſes ſeyn ſollen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten (m).

Wie verſchieden auch die hier zuſammen geſtellten Fälle

(h) Hierauf bezieht ſich der Titel des Codex: Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (IV. 22.). — In den meiſten Fällen dieſer Art wird eine ſchlechte, unredliche Abſicht zum Grunde liegen, keinesweges in allen Fällen.

(i) *L.* 1 *C.* tit. cit.

(k) *L.* 54 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 55 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 4 § 5 *de in diem addict.* (18. 2.), *L.* 30 *de ritu nupt.* (23. 2.), *L.* 1 *C. de don. ante nupt.* (5. 3.), *L.* 20 *C. de don. int. vir.* (5. 16.), *L.* 3 *C. de repud.* (5. 17.).

(l) *L.* 36. 38 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 14 *pr. de in diem addict.* (18. 2.), *L.* 46 *loc.* (19. 2.), *L.* 5 § 5 *L.* 7 § 6 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 3 *C.* tit. cit., *L.* 3 *C. de contr. emt.* (4. 38.). — In einigen dieſer Stellen bleibt es zweifelhaft, ob von einer Simulation, oder von der irrigen Benennung eines Rechtsgeſchäfts die Rede iſt; eben ſo wird dieſes in einzelnen Fällen der Anwendung zweifelhaft ſeyn können. Da indeſſen unter beiden Vorausſetzungen gleiche Wirkung eintritt, ſo kommt es hierauf nicht an.

(m) *L.* 2. 4 *C.* tit. cit., *L.* 5. 6 *C. si quis alteri vel sibi* (4. 50.), *L.* 16 *C. de don. int. vir.* (5. 16.).

seyn mögen, so bewährt sich doch in allen der oben bemerkte gemeinschaftliche Character, daß der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern von Denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, erkannt werden kann.

§. 135.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche (a)

Die unabsichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Rechtsgeschäft einzugehen glaubt, in der That aber Dasjenige, was zu einem solchen nöthig wäre, nicht will. Sie ist also stets von einem Irrthum begleitet, aber dieser ist nicht der positive Grund des Schutzes, welcher dem Irrenden gegen Nachtheil gewährt wird, sondern dieser Grund ist ganz negativ, die bloße Abwesenheit des Willens, wodurch allein dieser Nachtheil begründet werden könnte (b). Der Irr-

(a) Von diesem Fall im Allgemeinen handelt H. Richelmann, der Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837.

(b) Bey der condictio indebiti ist der Irrthum der positive Grund für das Recht der Rückforderung, denn die Zahlung ist eine an sich gültige, wirksame Handlung, die nur ausnahmsweise, und zwar nur des Irrthums wegen, hinterher entkräftet werden kann. — Wenn dagegen bey dem Kauf eines Hauses ein error in corpore zum Grund liegt, so gründet sich Derjenige, der sich der Contractsklage des Andern entzieht, darauf daß es an einem übereinstimmenden Willen, also an dem Wesen des Vertrags, gänzlich fehlt. Dieser Mangel der Übereinstimmung würde eben so, ja noch unzwei-

thum iſt alſo hier Das, was ich anderwärts den unächten Irrthum genannt habe (c), und dieſe Unterſcheidung hat keineswegs blos das theoretiſche Intereſſe klarer und ſcharf beſtimmter Begriffe, ſondern es knüpfen ſich daran auch praktiſch wichtige Folgen. Es folgt daraus, daß hier der Irrende frey von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterſchied ob er dieſen Irrthum leicht vermeiden konnte oder nicht (d). Es iſt jedoch dieſer Irrthum nicht etwa hier für minder wichtig zu halten, als in anderen Fällen der ächte Irrthum, er iſt es nur auf andere Weiſe; er iſt wichtig, inſoferne wir aus ihm erkennen, daß der Wille, welcher nach der Erklärung angenommen werden müßte, in der That nicht vorhanden iſt (§ 134), weshalb auch die rechtlichen Folgen deſſelben nicht eintreten können.

Die Schwierigkeit des hier darzuſtellenden Falles liegt hauptſächlich darin, daß er in ſehr mannichfaltigen Geſtalten vorkommt, und ich will es daher verſuchen, vor Allem dieſe Verſchiedenheiten überſichtlich anzugeben. Sie

felhafter, die Entſtehung einer Obligation verhindern, wenn beide Perſonen das Bewußtſeyn dieſes Mangels hätten; jetzt, da ſie ſich hierüber einige Zeit getäuſcht haben, ſoll dieſer Irrthum nur Nichts ändern. Der Irrthum iſt alſo augenſcheinlich nicht der Grund, weshalb die Obligation nicht entſteht, da dieſelbe ohne ihn eben ſo wenig entſtanden wäre.

(c) Beyl. VIII. Num. XXXIV.

(d) In dem oben (Note b) angeführten Fall hatte vielleicht der Verkäufer deutlich geſagt, welches Haus er verkaufen wolle, und der Käufer hatte ihn blos aus Unbedachtſamkeit hierüber misverſtanden. Mag er nun auch deshalb zu tadeln ſeyn, ſo hat er doch nicht daran gedacht, das von dem Andern angebotene Haus zu kaufen, ohne dieſen Willen aber iſt kein Vertrag über dieſes Haus, und ohne Vertrag keine Verbindlichkeit vorhanden.

beziehen sich sowohl auf das irrende Subject, als auf den Gegenstand des Irrthums.

Was das irrende Subject betrifft, so sind zwey Hauptfälle möglich:

A. Der Wille eines Einzelnen steht im Widerspruch mit der Erklärung desselben Einzelnen.

Dieses kann ferner vorkommen bey einer einseitigen Willenserklärung; wenn z. B. der Testator, durch Verwechslung von Personen, einen Erben oder Legatar ernennt, den er nicht will, oder, durch Verwechslung von Sachen, eine Sache legirt, anstatt daß er eine andere Sache legiren wollte.

Eben so aber auch bey einer gegenseitigen Willenserklärung; entweder so, daß der Eine allein irrt (e), oder auch so daß Jeder derselben irrt (f).

B. Der Wille jedes Einzelnen stimmt mit dessen Erklärung überein, so daß also Jeder für sich etwas Bestimmtes und Wahres denkt und erklärt, aber etwas von dem Gedanken des Andern Verschiedenes. Hier irrt also jeder Einzelne blos über den Willen und die Erklärung des Andern, und nur wenn wir Beide als ein gemeinschaftlich wollendes Subject künstlich zusammenfassen, können wir

(e) So z. B. es kauft Jemand ein vergoldetes Gefäß, das er für ein goldnes hält, während der Verkäufer weiß, daß es nur vergoldet ist. Hier ist ferner möglich, daß der Verkäufer den Irrthum des Käufers kennt, oder daß er ihn nicht kennt.

(f) So z. B. wenn der Käufer und Verkäufer zugleich das vergoldete Gefäß für ein goldnes halten.

auch hier einen Irrthum annehmen, wodurch dieſer Fall mit den vorhin angegebenen Fällen gleichartig wird (g).

Wäre nun für jeden dieſer Fälle eine beſondere Regel aufzuſuchen, und zugleich für jede Stelle des Römiſchen Rechts genau anzugeben, welcher unter jenen Fällen dem alten Juriſten vorgeſchwebt habe, ſo wäre unſre Aufgabe mißlich genug. Glücklicherweiſe aber verhält ſich die Sache anders. Alle dieſe Fälle kommen darin überein, daß das Daſeyn einer wirkſamen Willenserklärung dadurch völlig ausgeſchloſſen iſt, ſo daß in keinem derſelben ein wahres Rechtsgeſchäft vorhanden iſt. Auch habe ich jene verſchiedene Fälle nur deshalb zuſammengeſtellt, um die mannichfaltige Anwendung der aufgeſtellten gemeinſamen Rechtsregel zur Anſchauung zu bringen (h).

(g) Je nachdem wir den einen oder den anderen Standpunkt der Betrachtung wählen, können wir dieſen Fall als dissensus in corpore oder als error in corpore bezeichnen. Beide Ausdrücke ſind alſo an ſich richtig, und bezeichnen nur den Begriff von verſchiedenen Seiten; beide ſind aber auch quellenmäßig, und werden von den alten Juriſten abwechslend gebraucht. Vergl. *L.* 9 *pr.* § 2 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 57 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 4 *pr. de leg.* 1 (30. un.). — Der Grund des Misverſtändniſſes wird hier meiſt darin liegen, daß die Erklärung von jeder Seite durch Unbeſtimmtheit zweydeutig war.

(h) Unſere Schriftſteller pflegen hierbey die Kunſtausdrücke des einſeitigen und zweyſeitigen Irrthums anzuwenden, die ſie bald ſo bald anders beſtimmen, je nachdem ſie die angegebenen Fälle mehr oder weniger vollſtändig in's Auge faſſen. Vgl. Thibaut Pandekten § 449. 450, Verſuche II. S. 120. Richelmann S. 9. Über dieſen Sprachgebrauch zu ſtreiten, iſt unfruchtbar; beſſer enthalten wir uns deſſelben gänzlich. — Wenn ich übrigens ſage, daß alle dieſe Fälle auf gleicher Linie ſtehen, ſo iſt das nur inſofern wahr, als in allen gleichmäßig ein gültiges Rechtsgeſchäft nicht vorhanden iſt. Daneben aber kann allerdings der Dolus des einen Theils auch noch eigenthümliche Wirkungen hervor-

Was nun ferner den Gegenſtand des Irrthums betrifft, ſo ſind folgende mögliche Fälle zu bemerken:

I. Der Irrthum kann ſich beziehen auf den Inhalt des Willens im Ganzen. So wenn Jemand eine Urkunde unterſchreibt (§ 131), die ihm anſtatt einer anderen, richtigen, untergeſchoben, oder die ihm unrichtig vorgeleſen worden iſt; oder, wenn Er im Vertrauen auf einen Bevollmächtigten, ein leeres Blatt unterſchreibt, der Bevollmächtigte aber dieſes eigenmächtig, und gegen den ertheilten Auftrag, ausfüllt.

Dieſer Fall kann am wenigſten Zweifel erregen, und macht auch keine näheren Beſtimmungen nöthig.

II. Der Irrthum kann ſich aber auch beziehen auf einzelne Theile des Willens, und zwar:

1) auf die Natur des Rechtsverhältniſſes;

2) auf die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüber ſtehende Perſon;

3) auf die Sache, die den Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes bildet.

Die drey zuletzt bezeichneten Fälle, die allein einer beſonderen Erwägung bedürfen, ſollen nunmehr einzeln dargeſtellt werden; zuvor aber iſt es nöthig ihre gemeinſame Natur näher zu betrachten. In jedem derſelben finden wir einen das Rechtsgeſchäft begleitenden Irrthum, aus welchem wir die Abweſenheit des wahren Willens, alſo

bringen, die hier, wo wir von der Wirkſamkeit der Willenserklärung an ſich reden, außer unſrer Aufgabe liegen.

auch des gültigen Rechtsgeschäfts, erkennen. Allein nicht jeder begleitende Irrthum ist ein Grund, diese Abwesenheit zu behaupten, und es ist daher von großer Wichtigkeit, die Gränzen genau zu bestimmen, innerhalb welcher dem Irrthum jener Einfluß allein zuzuschreiben ist. Unsere Schriftsteller haben diesen Unterschied durch die ganz passenden Ausdrücke des wesentlichen und unwesentlichen Irrthums bezeichnet. Wir haben also zunächst, mit Rücksicht auf die schon angegebenen Gegenstände, die Fälle des wesentlichen Irrthums genau zu bestimmen, dann aber einige Fälle des unwesentlichen Irrthums hinzuzufügen, lediglich um gegen den möglichen Einfluß zu warnen, den man auch diesen irrigerweise zuschreiben möchte.

Des Gegensatzes wegen muß hier an einige andere, schon oben dargestellte, Umstände erinnert werden, wodurch der Wille mehr oder weniger unwirksam werden kann: Zwang und Betrug (§ 114. 115). Bey diesen war der Wille wirklich vorhanden, es wurde ihm aber durch positive Anstalten entgegen gewirkt. Ganz anders hier, wo wir das Daseyn des Willens schlechthin verneinen müssen, und wo daher auch kein Rechtsverhältniß, als Folge des Willens, denkbar ist. Um hierauf einen Römischen Sprachgebrauch anzuwenden, müssen wir den Unterschied so angeben: bey Zwang und Betrug ist eine Ungültigkeit per exceptionem denkbar, ja dem Zweck angemessen; in den Fällen des wesentlichen Irrthums kann das Rechtsverhältniß nur ipso jure nichtig seyn.

§. 136.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. (Fortsetzung.)

Unter den Fällen des wesentlichen, also den Willen ausschließenden Irrthums ist der erste und unzweifelhafteste der, welcher die Natur des Rechtsverhältnisses betrifft. Wenn also Einer eine Sache zu leihen verspricht, der Andere nimmt das Versprechen an, welches er von einer Schenkung versteht, so entsteht keine Verbindlichkeit; eben so, wenn Einer Geld schenken will, der Andere nimmt es als Darlehen an, entsteht nicht die dem Darlehen eigenthümliche Verbindlichkeit (a).

Ein zweyter Fall des Irrthums, welcher eben so allgemein für wesentlich gehalten werden muß, ist der welcher die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüber stehende Person betrifft. In manchen Anwendungen ist dieses niemals bezweifelt worden. So wenn ein Testator einen Erben schriftlich ernennt, während er erweislich eine andere Person in Gedanken hat, die er mit jenem ernannten Erben verwechselt; hier ist die Erbeinsetzung für Keinen von Beiden gültig (b). Noch leichter läßt sich dieses

(a) *L.* 3 § 1 *de O. et A.* (44. 7.). „.. non obligabor ei; quia non hoc inter nos actum est." *L.* 9 *pr. de contr. emt.* (18. 1.). „.. sive in ipsa emtione dissentient .. emtio imperfecta est" .. — Die besondere Anwendung dieses Satzes auf die Schenkung wird unten dargestellt werden (§ 161).

(b) *L.* 9 *pr. de her. inst.* (28. 5.). „Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans" ...

denken, wenn der Teſtator mündlich teſtirt, und den Erben oder Legatar mit der Hand bezeichnet, dabey aber durch die Schwäche des Geſichts oder die Dunkelheit des Krankenzimmers Perſonen verwechſelt. — Eben ſo unzweifelhaft iſt in dieſem Fall die Ehe ungültig, ſelbſt wenn im Fall einer ſolchen Perſonenverwechslung der kirchliche Segen über das vermeintliche Ehepaar ausgeſprochen ſeyn ſollte (c). — Auf dieſelbe Weiſe muß die Ungültigkeit eines obligatoriſchen Vertrages behauptet werden, wenn Ein Contrahent durch Verwechslung an einen anderen Contrahenten denkt, als den welcher ihm wirklich gegenüber ſteht. In manchen Fällen iſt dieſes ſo augenſcheinlich, daß es nie bezweifelt werden konnte, z. B. wenn ich eine beſtimmte Perſon, die ich nie geſehen habe, beſchenken will, und mir dafür eine andere Perſon untergeſchoben wird; eben ſo wenn ich bey einem beſtimmten Künſtler eine Arbeit beſtellen will, ein Anderer aber ſich für dieſen ausgiebt, und mit mir contrahirt. Allein mit Unrecht haben Manche die Ungültigkeit auf dieſe Fälle beſchränken wollen, da ſie vielmehr allgemein angenommen werden muß (d). Folgende Entſcheidungen des Römiſchen Rechts laſſen hieran keinen Zweifel. Wenn ich ein Darlehen von Gajus zu empfangen glaube, das in der That Sejus giebt, ſo entſteht aus dem angegebenen Grund keine

(c) Eichhorn II. S. 352.

(d) Thibaut Pandekten § 449, Verſuche II. S. 114, Mühlenbruch § 338, und beſonders Richelmann S. 24—32, der dieſe Frage gründlich behandelt.

Darlehensobligation (e); eine Klage soll aber Sejus dennoch gegen mich haben, und zwar ist diese Klage nicht etwa eine besonders für diesen Fall erfundene (f), sondern die gewöhnliche condictio ob causam datorum: denn Sejus gab mir das Geld in der Erwartung, daß ich dadurch sein Darlehensschuldner werden würde, und diese Erwartung ist ihm durch meine Verwechslung der Personen vereitelt worden (g). — Wenn ich dem Titius, einem wohlhabenden Mann, den ich aber nicht persönlich kenne, ein Darlehen geben will, ein Anderer aber wird mir für ihn untergeschoben, so entsteht keine Darlehensobligation, und das Eigenthum des Geldes geht so wenig auf den Empfänger über, daß dieser sogar, wenn er selbst an dem Betrug Antheil nahm, als Dieb behandelt werden muß (h). — Die irrige Meynung vieler Rechtslehrer über diesen Punkt erklärt sich daraus, daß in vielen Fällen der Irrende gar kein Interesse bey der Verwechslung der Personen haben wird, weshalb die Ungültigkeit des Vertrags,

(e) *L.* 32 *de reb. cred.* (12. 1.). „... non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest" ...

(f) Man hat sie unter andern Juventiana condictio nennen wollen, von Juventius Celsus, dem Verfasser der angeführten Pandektenstelle. Vergl. Glück XII. S. 25. XIII. S. 200.

(g) Der Fall ist ganz ähnlich, wie wenn Jemand Geld als Dos giebt, die Ehe aber nicht zu Stande kommt; auch hier war die erwartete Entstehung einer dotis obligatio vereitelt worden. *L.* 6 *L.* 7 § 1 *L.* 8 *de cond. ob causam datorum* (12. 4.). Auch folgt es aus der allgemeinen Natur jener Condiction, welche überhaupt auf das aus einer irrigen causa futura Gegebene gerichtet werden kann, so wie die cond. sine causa und indebiti auf causa praesens und praeterita.

(h) *L.* 52 § 21 *L.* 66 § 4 *de furtis* (47. 2.).

die hier überall behauptet werden kann, oft unbemerkt bleiben, auch wohl durch ſpätere Genehmigung, nachdem die Verwechslung entdeckt worden, förmlich beſeitigt werden wird (i).

Es bleibt nun noch übrig die Betrachtung des Irrthums über die Sache, oder den Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes. Dieſer aber nimmt mannichfaltigere Geſtalten an als die übrigen, und bietet eben deshalb auch größere Schwierigkeiten dar.

Die einfachſte und unzweifelhafteſte Geſtalt dieſer Art des Irrthums iſt folgende. Das Rechtsverhältniß hat eine individuell beſtimmte Sache zum Gegenſtand, und dabey wird ein Individuum mit dem andern verwechſelt: error oder dissensus in corpore (§ 135. g). Daß hier niemals ein Rechtsgeſchäft vorhanden iſt, kann nicht bezweifelt werden. Einzelne Anwendungen ſind folgende. Der Teſtator bezeichnet eine beſtimmte Sache als legirt, während er in der That an eine andere denkt, die er mit

(i) Wenn ich eine Sache kaufe oder verkaufe, ſo wird es mir oft ganz gleichgültig ſeyn, wer der Verkäufer oder Käufer iſt; doch kann auch dieſes anders ſeyn wegen der Evictionspflicht des Verkäufers, und wegen der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Käufers. Bey dem Darlehen wird mir meiſt die Perſon meines Schuldners von Wichtigkeit ſeyn, die des Glaubigers weniger. Vermiethe ich mein Haus, ſo kann die Perſönlichkeit des Miethers an ſich für wichtig gehalten werden; doch wird dieſes Intereſſe dadurch gemindert, daß das R. R. die sublocatio zuläßt, wodurch Daſſelbe bewirkt werden kann, wie durch einen untergeſchobenen Miether. — Der Grundſatz muß allgemein gelten, daß Jeder, der es gut findet, dieſe Ungültigkeit des Vertrags behaupten kann. — Von einer Modification der aufgeſtellten Regeln in Anwendung auf die Schenkung wird im § 161 die Rede ſeyn.

jener verwechſelt; hier gilt das Legat für keine von beiden Sachen (k). — Wenn bey einem Kaufgeſchäft Käufer und Verkäufer einander misverſtehen, und an verſchiedene individuelle Sachen denken, ſo iſt kein Contract geſchloſſen; eben ſo auch bey dem Miethcontract und der Societät (l); desgleichen bey der Stipulation (m) und bey der Schenkung, die mit oder ohne Stipulation verabredet ſeyn konnte (n). — Auch die Tradition erfordert übereinſtimmenden Willen, und auch ſie wird daher durch ein Misverſtändniß über den Gegenſtand verhindert (o). Durch eine ſolche blos vermeintliche Tradition kann alſo weder unmittelbar Eigenthum, noch die Fähigkeit zur Uſucapion erworben werden (p). — Nur in Einem Fall ſoll ein ſolches Misverſtändniß über individuelle Sachen die Gültigkeit juriſtiſcher Handlungen nicht hindern: im Prozeß. Behauptet alſo der Beklagte am Ende des Rechtsſtreits, er habe an eine andere Sache gedacht, als der Kläger, ſo wird er damit nicht gehört, weil außerdem durch die-

(k) *L.* 9 § 1 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 4 *pr. de leg.* 1 (30. un.).

(l) *L.* 9 *pr. de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 57 *de O. et A.* (44. 7.).

(m) § 23 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 83 § 1, *L.* 137 § 1 *de V. O.* (45. 1.). Der Unterſchied der einſeitigen und gegenſeitigen Verträge, ſo wie der b. f. und str. j. contractus, kommt alſo hierbey nicht in Betracht. — Wahrſcheinlich bezieht ſich auf den Fall des error in corpore bey Verträgen die ſehr unbeſtimmte *L.* 116 § 2 *de R. J.* (50. 17.). „Non videntur qui errant consentire." Vergl. Beylage VIII. Num. VII. und Num. XXXIV. g.

(n) *L.* 10 *C. de donat.* (8. 54.).

(o) *L.* 34 *pr. de adqu. poss.* (41. 2.).

(p) *L.* 2 § 6 *pro emt.* (41. 4.)

ſes Vorgeben die gerichtliche Verhandlung leicht vereitelt werden könnte (q).

Der Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes, auf welchen ſich der Irrthum bezieht, kann ferner eine nur nach Gattung und Quantität beſtimmte Sache ſeyn. Betrifft hier der Irrthum die Gattung ſelbſt, ſo iſt der Fall dem error in corpore völlig gleich, z. B. wenn bey einem generiſchen Kaufcontract der Verkäufer an Roggen, der Käufer an Weizen denkt. Wenn über die bloße Quantität ein Misverſtändniß unter zwey Perſonen herrſcht (r), ſo kann dieſe Quantität entweder der einzige Gegenſtand des Vertrags ſeyn, oder auf eine Gegenleiſtung ſich beziehen. Im erſten Fall gilt als wahrer Gegenſtand des Vertrags die

(q) *L.* 83 § 1 *de V. O.* (45. 1.) „... actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse." Es verſteht ſich von ſelbſt, daß nicht der Kläger durch fehlerhafte Bezeichnung der Sache das Misverſtändniß ſelbſt herbeygeführt haben muß. Aber auch ohne dieſes wird der Beklagte, der das behauptete Misverſtändniß, und zugleich ſein Intereſſe, wahrſcheinlich machen kann, leicht Reſtitution erhalten. — Im älteſten Prozeß der Römer waren die manus consertae, als Einleitung jeder Vindication, recht eigentlich darauf berechnet, das Misverſtändniß über den Gegenſtand unmöglich zu machen. Bewegliche Sachen wurden dabey vor den Prätor gebracht, in das Grundſtück mußten ſich die Parteyen gemeinſchaftlich hinbegeben.

(r) Man denkt dabey gewöhnlich nur an Geldſummen, aber es kann auch bey der Waare ein Misverſtändniß über die Quantität vorkommen, z. B. wenn der Verkäufer 500 Scheffel Roggen anbietet, und der Käufer glaubt, es ſeyen 300 Scheffel angeboten; daneben kann der Preis nach einzelnen Scheffeln, oder auch zu einer feſten Summe im Ganzen beſtimmt ſeyn, ohne daß bey deſſen Bezeichnung ein Misverſtändniß über die Quantität ſtatt findet. — Am leichteſten können ſolche Irrthümer über die Quantität vorkommen, wenn Unterhandlungen durch Correſpondenz geführt, und die Zahlen undeutlich geſchrieben werden.

geringſte unter den beiden Quantitäten, woran die Parteyen dachten, weil über dieſe Quantität Übereinſtimmung des Willens wirklich vorhanden iſt (s). Im zweyten Fall muß unterſchieden werden, ob Derjenige, welcher die zweifelhafte Quantität leiſten ſoll, mehr oder weniger als der Gegner in Gedanken hat; denkt er an mehr, ſo gilt wieder der Vertrag auf die geringere Quantität; denkt er an weniger, ſo iſt gar kein Vertrag vorhanden (t). — Mit dieſen Fällen wirklicher Misverſtändniſſe über Quantitäten darf folgender Fall nicht verwechſelt werden. Wenn Jemand ein Legat ſo angiebt: „Zehen Thaler, die in meiner Kaſſe vorräthig ſeyn werden zur Zeit meines Todes," ſo erhält der Legatar nie mehr als Zehen, vielleicht aber weniger oder auch gar Nichts, wenn ſich keine Zehen in der Kaſſe finden. Daſſelbe ſoll auch gelten bey Stipula-

(s) *L.* 1 § 4 *de V. O.* (45. 1.). Nämlich wer Zwanzig anbietet, hat eigentlich Zehen und Zehen angeboten; nimmt alſo der Gegner Zehen an, weil er nur dieſe für angeboten hält, ſo iſt für Zehen ein wahrer Conſens, alſo Vertrag, vorhanden, für die anderen Zehen iſt kein Vertrag geſchloſſen. Eben ſo im umgekehrten Fall.

(t) *L.* 52 *locati* (19. 2.). „Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi." Denn wer Zehen als Miethgeld anbietet, hat darin auch Fünf angeboten, für welche daher Conſens vorhanden iſt; wer aber um Zehen vermiethen will, iſt darum keinesweges geneigt, ſich auch mit Fünf zu begnügen. — Damit man nicht in dieſem Beyſpiel an der geringen Pachtſumme für einen ganzen Fundus Anſtoß nehme, iſt zu bemerken, daß die alten Juriſten, wenn ſie Cardinalzahlen als Beyſpiele anführen, damit gewöhnlich ſo viele Tauſend Seſterze ausdrücken wollen. Decem iſt alſo ein jährliches Pachtgeld von 10000 Seſterzen, oder ungefähr 500 Thalern.

tionen, wobey alſo angenommen wird, der Schuldner habe den Beſtand ſeiner Kaſſe als ungewiß gedacht (u). Dieſe Beſtimmung beruht auf folgender Auslegung der erwähnten Rechtsgeſchäfte: es iſt dem Andern angewieſen dasjenige Geld, was gerade in der Kaſſe ſich findet, kein Anderes, aber auch Jenes nur bis zu einem Maximum von Zehen. Es gehört alſo dieſe Beſtimmung zu den Anweiſungen für die Auslegung der Rechtsgeſchäfte; dieſe Auslegung aber vorausgeſetzt, iſt dabey von einem Widerſpruch zwiſchen der Erklärung und dem Willen, alſo von einem Irrthum, gar nicht die Rede.

§. 137.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabſichtliche. Error in substantia.

Die bisher dargeſtellten Fälle des weſentlichen Irrthums könnten an ſich für erſchöpfend gehalten werden. Insbeſondere dürfte dann derjenige Irrthum über den Gegenſtand nicht für weſentlich gelten, welcher, bey einer individuell beſtimmten Sache, blos eine Eigenſchaft derſelben beträfe. Dennoch kommen auch ſolche Fälle vor, denen die Kraft eines weſentlichen Irrthums beygelegt wird. Freylich werden wir, noch ehe die Natur derſel-

(u) *L.* 108 § 10 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 1 § 7 *de dote praeleg.* (33. 4.).

ben unterſucht iſt, anerkennen müſſen, daß ſie nur als ſcharf begränzte Ausnahmen denkbar ſind; denn wollten wir als Regel annehmen, daß jeder Irrthum über irgend eine dem Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes zukommende Eigenſchaft den Willen ausſchließe, ſo würde damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs völlig vernichtet ſeyn.

Unſere Schriftſteller bezeichnen die dahin gehörenden Fälle mit dem Kunſtausdruck Error in substantia, und dieſer Ausdruck, wie ſo manche andere, hat nicht wenig dazu beygetragen, die Sache ſelbſt zu verwirren. Die Gewöhnung an dieſen vermeintlichen Kunſtausdruck führte unvermerkt zu der ſtillſchweigenden Vorausſetzung, an der Spitze dieſer Lehre ſtehe etwa folgender Grundſatz: Quotiens in substantia erratur, nullus est contractus. Die Unterſuchung ſelbſt wird aber zeigen, wie wenig ein ſo gefaßter Grundſatz der Wahrheit entſpricht (§ 138. a.).

Unſere Aufgabe beſteht alſo darin, die einzelnen Fälle aufzuſuchen, in welchen der Irrthum über Eigenſchaften einer Sache dem Error in corpore gleich wirkt, und dieſe Fälle wo möglich auf eine gemeinſame Regel zurückzuführen. Bey dieſem Unternehmen werden wir uns weniger an abſtracte Begriffe halten dürfen, als an die im wirklichen Verkehr herrſchenden Anſichten und Gewohnheiten, wodurch denn die ganze Unterſuchung eine nicht ſtreng juriſtiſche Richtung erhält. Die Römiſchen Juriſten geben uns Vier einzelne Fälle dieſer Art an:

1) Es kauft Jemand Hausgeräthe (a) von Bronze (b), welches er für Gold hält;

2) Oder Hausgeräthe von Bley oder anderem geringen Metall, oder auch von Holz, welches er für Silber hält (c);

3) Oder Eſſig, den er für Wein hält (d);

4) Oder endlich eine Sklavin, die er für einen männlichen Sklaven hält (e). In allen dieſen Fällen ſoll kein Conſens des Käufers angenommen werden.

In den drey erſten Fällen betrifft der Irrthum den Stoff, und dieſer wird einmal als substantia bezeich-

(a) Allerdings iſt in den hier einſchlagenden Stellen meiſtens die Rede von aurum, aes, argentum, plumbum, ſo daß man auch an unverarbeitetes Metall denken könnte; daß aber in der That metallene Geräthe gemeynt ſind, zeigt deutlich das Beyſpiel in *L.* 14 *de contr. emt.* (18. 1.), wo daſſelbe, was zuerſt aurum und aes hieß, nachher genauer als *viriola* aurea und aenea bezeichnet wird; eben ſo in *L.* 45 *eod. vas* aurichalcum. Dazu kommt, daß als Beyſpiele aus dem täglichen Verkehr die Contracte über Metallgeräthe ſo ſehr viel näher liegen, als die über rohes Metall, die doch nur bey Handelsleuten und Handwerkern oder Fabrikanten vorzukommen pflegen, bey welchen wiederum ein Irrthum über den Gegenſtand ihres Gewerbes ſehr ſelten ſeyn wird.

(b) Aes, das bey den Römern von ſo ausgebreitetem Gebrauch war, und das wir noch in ſo vielen Tauſenden von antiken Hausgeräthen und Bildwerken übrig haben, iſt nicht Kupfer, ſondern Bronze, eine Miſchung, deren Grundlage freylich das Kupfer iſt.

(c) Dieſe beiden erſten Fälle kommen vor in *L.* 9 § 2 *L.* 10 *L.* 14 *L.* 41 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.). In der letzten Stelle kann die mensa argento cooperta ſowohl verſilbertes Holz als Metall ſeyn.

(d) *L* 9 § 2 *de contr. emt.* (18. 1.). Es wird dabey ausdrücklich bemerkt, daß nur von eigentlichem Eſſig, der als ſolcher bereitet oder angeſetzt iſt, nicht von ſauer gewordenem Wein die Rede ſeyn dürfe. Damit iſt zu vergleichen *L.* 9 § 1. 2 *de tritico* (33. 6.).

(e) *L.* 11 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.).

net (f), aber abwechslend mit dieſem Namen, und ungleich häufiger, kommt als ganz gleichbedeutend der Ausdruck materia vor (g). Schon dadurch wird es bedenklich, den Ausdruck Error in substantia an die Spitze der ganzen Unterſuchung zu ſtellen; noch weit mehr aber dadurch, daß gar nicht geſagt iſt, jeder Irrthum über den Stoff, und kein anderer als dieſer, ſolle die Kraft eines Error in corpore haben. Wir wollen alſo den abſtracten Begriff des Stoffs einſtweilen bey Seite ſetzen, und die einzelnen Fälle genauer in's Auge faſſen.

Bey den Metallarbeiten fällt zuerſt auf, daß die Waare, die der Käufer zu erhalten glaubt, von der die er wirklich erhält, ſo ſehr im Werth verſchieden iſt. Dennoch können wir hierin das Weſen der Sache nicht ſetzen, theils weil es an aller ſcharfen Gränze fehlen würde, wenn wir dieſen Gegenſatz auf andere Gegenſtände anwenden wollten, theils weil der Irrthum über gutes und ſchlechtes Gold kein weſentlicher Irrthum ſeyn ſoll (h), obgleich auch davon der Geldwerth ſehr abhängt, beſonders da in dieſer

(f) *L.* 9 § 2 *de contr. emt.* (18. 1.).

(g) *L.* 9 § 2 *L.* 11 *pr. L.* 14 *de contr. emt.* (18. 1.). Eben ſo bey der Frage, ob durch Verarbeitung eines Stoffs Eigenthum an demſelben erworben werde, wobey materia als Gegenſatz von species vorkommt. § 25 *J. de rer. div.* (2. 1.), *L.* 7 § 7 *L.* 24 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(h) *L.* 10. 14 *de contr. emt.* (18. 1.). In der letzten Stelle heißt: si inauratum aliquid sit nicht: wenn das Gefäß vergoldet iſt, ſondern: wenn deſſen Stoff eine Miſchung von Gold und anderem Metall iſt. Dieſes folgt unwiderſprechlich theils aus den vorhergehenden, nach dem Zuſammenhang gleichbedeutenden, Worten, theils aus dem Zuſatz aliquid, der bey bloßer Vergoldung keinen Sinn haben würde.

Vorſchrift gar keine Gränze für die mögliche Legirung des Goldes geſetzt wird. Sehen wir aber auf die im Verkehr auch bey uns allgemein herrſchende Anſicht, ſo finden wir, daß goldne und ſilberne Geräthe, in Vergleichung mit anderen Metallarbeiten, als Waaren von ganz eigenthümlicher Art betrachtet werden. Der durchgreifende Unterſchied liegt darin, daß bey den edlen Metallen, auch nach zerſtörter oder veralteter Form des Geräthes, ſtets ein bedeutender Werth im Stoff zurück bleibt, anſtatt daß im gleichen Fall bey anderen Metallarbeiten meiſt ein ſehr geringer, oft völlig unmerklicher, Werth übrig iſt. Es zeigt ſich dieſes unter andern auch darin, daß die Fabrikation der edlen Metalle, und der Handel mit ſolchen Fabrikaten ein ganz eigenes, abgeſchloſſenes Gewerbe zu ſeyn pflegt. Halten wir nun dieſen natürlichen, durch tägliche Erfahrung bewährten Geſichtspunkt feſt, ſo ergeben ſich folgende Bedingungen und Gränzen der aufgeſtellten Regel. Sie kann nur gelten bey Arbeiten, die durch Fabrik oder Handwerk hervorgebracht werden, nicht bey eigentlichen Kunſtwerken, wobey der Stoff ganz in den Hintergrund tritt (i). Sie

(i) Bey einem Bildwerk von Benvenuto Cellini wird Niemand das Hauptgewicht darauf legen, ob es von Silber oder überſilbert iſt. Dagegen werden Geräthſchaften von Silber oder Gold in der Regel nach dem Gewicht verkauft, wenngleich die Façon auch berückſichtigt wird, jedoch nur ſo daß ſie den Preis des Lothes, der Mark u. ſ. w. um Etwas höher oder niedriger ſtellt. — Zweifel kann entſtehen bey Taſchenuhren; denn Das, was wir eine goldne Uhr nennen, iſt doch eigentlich nur eine Uhr mit goldnem Gehäuſe. Man würde wohl annehmen dürfen, daß bey gewöhnlichen Fabrikuhren der Irrthum über das Gehäuſe (ob golden oder

gilt ferner auch bey vergoldeten, verſilberten oder plattirten Arbeiten (k), denn obgleich zu dieſen wirklich edles Metall verbraucht wird, ſo läßt ſich doch daſſelbe, nach Zerſtörung der Form, nicht mehr abgeſondert herſtellen. Sie gilt endlich auch, wenn das vergoldete ſilberne Gefäß für ein goldnes gehalten wird, da der Unterſchied zwiſchen Gold und Silber, nach der im Verkehr allgemein geltenden Werthſchätzung, ein eben ſo durchgreifender iſt, als der zwiſchen dem edlen und unedlen Metall. Sie gilt aber nicht bey Geräthſchaften von unedlem Metall, wenn nur über die Gattung dieſes Metalls ein Irrthum obwaltet; denn obgleich auch dabey die Verſchiedenheit des Stoffs Einfluß auf den Geldwerth zu haben pflegt, ſo iſt doch in den meiſten Fällen das Geräthe von dieſer beſonderen Form und Beſtimmung die Hauptſache, die Art des Metalls aber eben ſo das Untergeordnete, wie bey dem goldnen Gefäß die Feinheit des Goldes. Aus allen dieſen Anwendungen alſo folgt ganz klar, daß ſelbſt dieſen Regeln über die Metallarbeiten etwas Anderes zum Grunde liegt, als der bloße abſtracte Begriff des Stoffes.

Bey dem Wein und Eſſig iſt allerdings eine Verſchiedenheit des Stoffes unverkennbar; dagegen kann man nicht allgemein ſagen, daß der höhere oder geringere Werth entſcheidend ſey. Denn feiner, künſtlich bereiteter Eſſig kann

vergoldet) ein weſentlicher ſey, bey einem beſonders ſorgfältig gearbeiteten Werk aber nicht; bey einem Chronometer z. B. iſt ja der Werth des Gehäuſes ein ganz unbedeutender Gegenſtand.

(k) *L.* 41 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), vgl. Note c.

weit koſtbarer ſeyn, als geringer Wein, und ſelbſt der umgeſchlagene, alſo gewiß ſehr ſchlechte Wein ſoll kein Gegenſtand eines weſentlichen Irrthums ſeyn. Auch hier alſo, wie bey den Metallarbeiten, iſt nicht ſowohl die Preisverſchiedenheit, als die völlige Ungleichartigkeit der Waare Das, was den weſentlichen Irrthum beſtimmt.

Endlich bey dem Sklaven und der Sklavin liegt der Unterſchied gewiß nicht in dem allgemein verſchiedenen Geldwerth, da ohne Zweifel Sklavinnen oft weit theurer bezahlt wurden, als männliche Sklaven. Noch ſeltſamer würde es ſeyn, hier an verſchiedenen Stoff denken zu wollen, auch hat kein Römiſcher Juriſt von einer verſchiedenen substantia oder materia der beiden Geſchlechter geſprochen. Allein die regelmäßige Benutzung der Sklaven beſtand in Dienſt und Arbeit, und da die männlichen Sklaven auch außer dem Hauſe zur Feldarbeit, in Fabriken, und als Handwerker regelmäßig benutzt zu werden pflegten, die Sklavinnen vorzugsweiſe im Hausdienſte und zu weiblichen Arbeiten, ſo galten beide Geſchlechter für Waaren verſchiedener Art, und daher war ein Irrthum über das Geſchlecht ein weſentlicher Irrthum. Auch hier nun würde es wieder ganz irrig ſeyn, bey dem abſtracten Begriff des Geſchlechts ſtehen zu bleiben, und dieſen überall anzuwenden, auch bey einem Kauf von Thieren. Denn bey Pferden z. B. iſt die regelmäßige Benutzung unabhängig von dem Geſchlecht, und es darf daher der Irrthum hierüber nicht für einen weſentlichen gehalten werden.

Faſſen wir alle dieſe Anwendungen zuſammen, ſo läßt ſich daraus folgender allgemeine Begriff bilden. Der Irrthum über eine Eigenſchaft der Sache iſt ein weſentlicher, wenn durch die irrig vorausgeſetzte Eigenſchaft, nach den im wirklichen Verkehr herrſchenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu ſie wirklich gehört. Die Verſchiedenheit des Stoffs iſt dazu weder nothwendig, noch ſtets hinreichend, und der Ausdruck Error in substantia iſt daher keine angemeſſene Bezeichnung (l).

Ich will nun dieſen Begriff zur Beurtheilung einiger, in den Rechtsquellen nicht erwähnter, Fälle anwenden. Der Irrthum iſt weſentlich, wenn unächte Edelſteine oder Perlen für ächte gekauft werden (m). — Eben ſo wenn

(l) Wer Wein kauft, will nicht eine in dieſem Faß enthaltene Flüſſigkeit überhaupt, welche es ſey, erwerben, ſondern ſein Gedanke iſt zunächſt und hauptſächlich auf Wein gerichtet; eben ſo, wer ein goldnes Gefäß kauft, denkt nicht an ein Gefäß überhaupt, ſondern weſentlich an das Gold als Stoff des Gefäßes. Römiſch läßt ſich das ſo ausdrücken: es iſt eine species gekauft, aber unter der ſtillſchweigenden Bedingung, daß ſie zu einem beſtimmten genus gehöre. Iſt alſo unter der Hülle des Faſſes Eſſig anſtatt Wein verborgen, ſo wird der Fall eben ſo behandelt, wie wenn bey dem Kauf eines Sklaven unter der Hülle eines Gewandes, oder unter der Hülle des gemeinſamen Namens Stichus, ein anderes Individuum verborgen wäre, als dasjenige woran der Käufer denkt.

(m) Bey ungefaßten Steinen und Perlen muß dieſes unbedingt gelten. Eben ſo auch bey gefaßten, wenn die Faſſung nur dazu dient, den Stein zu zeigen und zu tragen, wie bey Brillantringen und bey dem Frauenſchmuck; anders wenn der Stein zur Verzierung eines Gefäßes oder andern Geräthes gebraucht iſt, wobey der Stein als Nebenſache gilt, ſelbſt wenn er von größerem Geldwerth ſeyn mag, als das Gefäß ſelbſt. Vgl. *L.* 19 § 13—16 § 20 *de auro* (34. 2.).

von verſchiedenen Thierarten die Rede iſt, weil Niemand ein Thier überhaupt, ſeinem abſtracten Begriff nach, kauft, ſondern jede Thierart zugleich eine Waare anderer Art iſt, ohne Rückſicht auf die Größe der Preisverſchiedenheit. — Eben ſo bey rohen Metallen verſchiedener Art, weil jede derſelben eine andere Waare iſt. — Ferner bey verſchiedenen Getreidearten; desgleichen bey verſchiedenen flüſſigen Stoffen, auch außer Wein und Eſſig (n). — Endlich könnte dahin auch noch folgender Fall gerechnet werden. Wenn ich ein Grundſtück kaufe, auf welchem ein Haus oder ein Wald ſtand, ohne zu wiſſen, daß unmittelbar vorher das Haus oder der Wald abgebrannt iſt, ſo iſt der Gegenſtand des Vertrags, das Grundſtück, eigentlich noch vorhanden (o), aber es iſt für den Verkehr ein Gegenſtand anderer Art geworden, denn eine Brandſtätte und ein Haus wird im Verkehr Jeder für ungleichartig halten. Auch iſt nun der Vertrag in der That ungültig (p), aber dieſe Ungültigkeit wird hier unter einen andern Geſichts-

(n) Die Identität oder Verſchiedenheit wird hier nicht ſelten ſchwankend ſeyn, auch wohl von perſönlichen Gewohnheiten abhängen können. Vgl. *L.* 9 *de tritico* (33. 6). — In allen dieſen Fällen wird übrigens ein Vertrag über beſtimmte Säcke, Haufen, Fäſſer mit Waaren (alſo über eine species) vorausgeſetzt; von dem ganz anderen Fall, da über ein genus contrahirt iſt, war ſchon im § 136 die Rede.

(o) *L.* 98 § 8 *de solut.* (46. 3.) „. . Non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse, imo et peti potest area, et aestimatio ejus solvi debebit: *pars enim insulae area est, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit*" . . .

(p) *L.* 57. 58 *de contr. emt.* (18. 1.).

punkt gebracht. Es gilt nämlich der Gegenstand des Vertrags selbst als vernichtet, welches in manchen einzelnen Folgen von unsrem Fall verschieden ist (q). Dennoch kann die Analogie dieses Falles auch für unsre Frage benutzt werden.

Dagegen wird in folgenden Fällen der Irrthum nicht als ein wesentlicher, den Willen ausschließender, betrachtet werden dürfen. Bey gutem und schlechtem Gold (Note h); bey gutem und schlechtem Wein (Note d); bey dem Stoff von Geräthen aus unedlem Metall; bey einer Sklavin, die irrig für eine Jungfrau gehalten wird (r); bey alten und neuen Kleidern (s). Endlich auch noch in einem Fall,

(q) Nämlich die Stipulation soll in einem solchen Fall ungültig seyn (*L.* 1 § 9 *de O. et A.* 44. 7), die doch im Fall eines wesentlichen Irrthums, z. B. zwischen Gold und Bronze, gültig seyn würde. *L.* 22 *de V. O.* (45. 1.).

(r) *L.* 11 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.). Der Kauf ist also hier wirklich geschlossen, und an sich gültig; ja selbst eine Klage auf Entschädigung oder auf Auflösung des Vertrags hat der Käufer nur dann, wenn ihn der Verkäufer betrog. *L.* 11 § 5 *de act. emti* (19. 1.).

(s) *L.* 45 *de contr. emt.* (18. 1.) „.. si vestimenta interpola quis *pro novis emerit.*" Mit diesen Worten ist eben so gut die Annahme vereinbar, daß der Verkäufer die Kleider für neu ausgab (wissentlich oder unwissentlich), als daß blos der Käufer sich dieses einbildete. Der Sache nach muß aber nothwendig das erste angenommen werden. Denn ein wesentlicher Irrthum ist gewiß nicht vorhanden, da hier der Vertrag als wirksam vorausgesetzt wird, und da alte und neue Kleider gewiß nicht verschiedener sind, als guter und verdorbener Wein, oder als feines und schlechtes Gold. Dann aber kann sich eine Entschädigungsverbindlichkeit nur gründen entweder auf den Dolus, oder auf die Zusage der Eigenschaft neuer Kleider; da nun der Jurist auch außer dem Fall des Dolus eine Verbindlichkeit annimmt, („si quidem ignorabat venditor") so ist nur die Zusage denkbar. Eine Bestätigung liegt auch in dem als gleichartig dargestellten Fall von dem messingnen Gefäß,

der eine genauere Betrachtung bedarf: bey hölzernen Hausgeräthen, wenn über die Holzart geirrt wird. Daß auch dieſe auf den Preis Einfluß haben kann, wird Niemand läugnen, aber zu einer andern Art von Waare werden dadurch die Möbeln nicht, beſonders wenn das feinere Holz ſo täuſchend durch Politur nachgeahmt iſt, daß eine Verwechslung möglich wird. Der Unterſchied von edlen Metallen iſt augenſcheinlich, da die Bearbeitung des geringeren und des edleren Holzes von demſelben Gewerbe beſorgt wird, und da nach zerſtörter Form die übrig bleibenden Holzſtücke bey feinem und geringerem Holz gleich werthlos zu ſeyn pflegen. So ſteht es nach allgemeiner Betrachtung, wovon die meiſten Schriftſteller das Gegentheil annehmen, theils durch die ſcheinbare Ähnlichkeit der edlen Metalle, theils durch den abſtracten Begriff der Stoffsverſchiedenheit irre geführt. Alles aber kommt auf die Erklärung folgender Stelle an. *L.* 21 § 2 *de act.*

worin es ausdrücklich heißt: aurum *quod vendidit*. Er muß es alſo für Gold ausgegeben haben. (Vgl. unten § 138). — Vestimenta interpola ſind getragene, aufgeputzte, ausgebeſſerte Kleider, die dabey noch gut ausſehen können, ja wohl müſſen, wenn ihre Verwechslung mit neuen möglich ſeyn ſoll. Ganz unrichtig behauptet Richelmann S. 160, die Eigenſchaft alter Kleider ſey wie vitium und morbus, und gebe daher Anlaß zu den ädiliciſchen Klagen. Ihn täuſchen die Worte in *L.* 37 *de aedil. ed.* „idcirco *interpolant* veteratores et pro noviciis vendunt." Dieſes heißt aber, die Verkäufer betrügen dadurch, daß ſie den veterator unter novicii unterſtecken, wodurch er ſelbſt als novicius angeſehen wird. Der Verkauf des veterator ohne Anzeige war von den Ädilen namentlich verboten; mit der Ausdehnung des Edicts auf nicht namentlich erwähnte Fälle verfuhr man vorſichtig, ſtets nach der Analogie von vitium und morbus, wie *L.* 49 *eod.* zeigt.

emti (19. 1.) „Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest (emtoris se) non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt." Wir wollen das am Ende erwähnte Beyspiel an die Spitze stellen. Es hatte Jemand Tische gekauft, als ob sie von Citronenholz wären, die es nicht waren (t); das quasi citreas ist an sich zweydeutig, indem es sowohl auf die bloße Einbildung des Käufers, als auf die Versicherung des Verkäufers gehen kann: daß das letzte der wahre Sinn ist, wird sogleich gezeigt werden. Die Hauptfrage ist nun die, ob gelesen werden soll emtionem esse (wie in der Florentina), oder emtionem non esse (wie in anderen Hss., vielleicht allen anderen). Die herrschende Meynung ist für non, theils weil man von der vorgefaßten Meynung ausgieng, jeder Irrthum über den Stoff, also auch bey Holzmöbeln, sey ein wesentlicher, theils weil man seltsamerweise annahm, die Worte supra diximus seyen von Tribonian, und giengen auf *L.* 9. 11. 14 *de contr. emt.* (18. 1.); dadurch war man genöthigt, qualitas gleichbedeutend mit substantia oder materia zu nehmen. Aber eben dieses letzte ist gegen allen klar erweislichen Sprachgebrauch, da in

(t) Von dem unglaublichen Luxus der Römer mit Citronenholz, welches in großen Stücken, wie sie zu Möbeln brauchbar waren, aus Afrika gebracht werden mußte, giebt genaue Nachricht Plinius hist. nat. XIII. 15. Er erzählt von einem Tisch, der mit 1400,000 Sesterzen, oder 70,000 Thalern, bezahlt wurde.

allen ſicheren Stellen qualitas nur auf die mehr oder weniger gute Beſchaffenheit geht, von welcher nie ein weſentlicher Irrthum abhängt (u). Das logiſche Verhältniß des quamvis und tamen beweißt für keine von beiden denkbaren Erklärungen. Denn nach unſrer Erklärung kann es heißen: „Obgleich der Vertrag gültig iſt, ſo folgt daraus doch nicht, daß ſich der Käufer mit den bloßen Tiſchen, ohne Geldentſchädigung, begnügen müſſe" (v). Nach der entgegengeſetzten aber würde es, logiſch eben ſo befriedigend, heißen: „Obgleich der Vertrag als ſolcher nicht gilt und wirkt, ſo iſt doch der Verkäufer (aus anderen Gründen, alſo neben dem Vertrag) verpflichtet." Deceptum heißt hier, wie in vielen Stellen, nicht betrogen, ſondern irrend, getäuſcht durch ſich ſelbſt, oder durch des Gegners Verſicherung, nicht gerade durch deſſen Betrug. — Nun iſt der Hauptſatz dieſer: der Vertrag iſt zwar gültig, dennoch iſt der Verkäufer durch die in der Tradition liegende ſcheinbare Erfüllung nicht frey; vielmehr muß er Entſchä-

(u) *L.* 14 *de contr. emt.* (18. 1.) „Quid tamen dicemus, si in *materia et qualitate* ambo errarent?" Man hat hier in dem zweyten Ausdruck eine müßige Wiederholung des erſten finden, alſo die gleiche Bedeutung beider Worte daraus beweiſen wollen; allein es folgen nun in der That zwey Beyſpiele, in dem einen wird über den Stoff geirrt (materia), in dem andern blos über die Güte (qualitas), und beide Fälle werden auf entgegengeſetzte Weiſe entſchieden.

(v) Cujacius findet es lächerlich, daß der Juriſt ſagen ſollte: „Obgleich der Vertrag gültig iſt, kann dennoch der Käufer klagen." (Comm. ad L. 22 de V. O., opp. T. 1). Allein wenn man den Nachſatz nicht auf das Daſeyn eines Klagrechts überhaupt, ſondern auf deſſen Gegenſtand und Umfang bezieht, ſo verſchwindet die ſcheinbare Lächerlichkeit.

digung leiſten, ſelbſt wenn er nicht betrog, ſondern gleichfalls irrte. Aus dieſer letzten, klaren Entſcheidung iſt es denn gewiß, daß der Juriſt vorausſetzt, der Verkäufer habe im Contract ausgeſprochen, die Tiſche ſeyen von Citronenholz; denn zur Entſchädigung konnte er nur verpflichtet ſeyn entweder durch eine ſolche Zuſage (w), oder durch ſeinen Dolus: ein dritter Grund iſt dafür nicht denkbar. — So iſt alſo durch dieſe Stelle anerkannt, daß bey Holzgeräthen der Irrthum über den Stoff kein weſentlicher, der Vertrag alſo dennoch gültig iſt, indem er die actio emti erzeugt; die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Entſchädigung, wenn er entweder betrog, oder die beſſere Qualität im Vertrag ausſprach, folgt aus allgemeinen Grundſätzen. — Es iſt merkwürdig zu ſehen, wie weit manche Interpreten gehen, um ihre vorgefaßte Meynung gegen die in den Worten etsi venditor quoque nes-

(w) Die Zuſage einer beſtimmten Eigenſchaft bey dem Verkauf einer Sache, verpflichtet ſtets den Verkäufer wenn dieſe Eigenſchaft fehlt: und zwar hat der Käufer in dieſem Fall ſowohl die ädiliciſchen Klagen (*L.* 18 *pr. L.* 52 *de aed. act.* 21. 1), als die actio emti auf das Intereſſe (*L.* 13 § 3 *de act. emti* 19. 1, *L.* 19 § 2 *de aed. act.* 21. 1). In L. 13 cit. heißt es: Videamus an ex emto teneatur? et putem teneri. Natürlich auf das Intereſſe, wie immer bey dieſer Klage. Gerade ſo heißt es aber auch in unſrer Stelle: teneri debet quanti interest. Über den Umfang und die Berechnung dieſes Intereſſe iſt in beiden Stellen Nichts geſagt, aus dem einfachen Grunde weil nicht jede Stelle alle bey einem Rechtsfall denkbare Fragen erſchöpfen kann; es iſt alſo unbegreiflich, wie Richelmann S. 65 wegen der Art des hier vorgeſchriebenen Intereſſe behaupten kann, die Worte etsi . . nesciat dürften nicht auf teneri quanti interest bezogen werden. — Die Annahme einer ausdrücklichen Zuſage hat alſo hier denſelben Grund wie in *L.* 45 *de contr. emt.*, ſ. o. Note s.

ciat enthaltene Widerlegung zu retten. Noodt, deſſen Interpretation überhaupt nicht ſehr ſchüchtern iſt, läßt dem Leſer die Wahl, ob er jene Worte wegſtreichen, oder ob er ſie auf den Vorderſatz (quamvis . . . .emtionem [non] esse) beziehen wolle, welches letzte jedoch ganz außer der Möglichkeit einer Conſtruction liegt (x). Bynkershoek hat die Stelle richtig aufgefaßt, aber freylich die Hauptſchwierigkeit, die ſcheinbare Analogie der edlen Metalle, gar nicht berührt (y): weshalb auch ſeine Erklärung keinen Eingang gefunden hat (z).

(x) Noodt Comm. ad Pand. XVIII. 5. Die zuletzt vorgeſchlagene Conſtruction nimmt auch Richelmann S. 66 an, ohne ſich durch ihre Unmöglichkeit ſtören zu laſſen.

(y) Bynkershoek Observ. Lib. 8 C. 20.

(z) Ich habe in dieſem ganzen §. zu zeigen geſucht, daß der Stoff an und für ſich nicht das Entſcheidende iſt bey der Feſtſtellung des weſentlichen Irrthums. Dieſes würde wahr ſeyn, ſelbſt wenn die Gleichartigkeit des Stoffs wirklich ſo an ſich ſelbſt gewiß, und von individuellen Anſichten unabhängig wäre, wie man gewöhnlich vorausſetzt. Allein auch daran fehlt viel. Bey Metallarbeiten z. B. kann man, je nach ſubjectiven Anſichten, entweder den allgemeinen Begriff des Metalls zum Grunde legen, oder den beſonderen Begriff des Goldes, Silbers u. ſ. w. Desgleichen bey Holzarbeiten entweder den allgemeinen Begriff des Holzes (im Gegenſatz von Metall oder Pappe), oder den der einzelnen Holzart. Allein auch mit dieſer letzten Annahme iſt bey weitem nicht Alles abgethan, da die Arten wieder viele Unterarten haben. Um bey dem Fall der L. 21 cit. ſtehen zu bleiben, vorausgeſetzt daß wirklich die Holzart einen weſentlichen Irrthum begründete; ſoll es dann gerade auf die species der Citrone ankommen, oder auf das genus der Agrumi, das bekanntlich eine große Zahl von species hat.

§. 138.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia. (Fortsetzung.).

Im vorigen §. sind die Bedingungen festgestellt worden, unter welchen ein Irrthum über die Eigenschaften einer Sache als wesentlich zu betrachten ist; die praktischen Rechtsregeln für diesen Fall, welche einstweilen nur vorausgesetzt worden sind, sollen nunmehr genauer angegeben werden.

Fand man es überhaupt billig, dem Irrenden in diesem Fall zu Hülfe zu kommen, so konnte dieser allgemeine Zweck auf zweyerley Weise erreicht werden. Man konnte das Rechtsgeschäft als an sich gültig ansehen, dem Irrenden aber ausnahmsweise die Anfechtung wegen eines irrigen Beweggrundes gestatten, so wie dieses bey den ädilicischen Klagen und bey der condictio indebiti geschieht; man konnte aber auch den Willen selbst durch jene Art des Irrthums als ausgeschlossen betrachten, woraus sich dann die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von selbst als Folge ergab. Das Römische Recht hat diese zweyte Behandlung gewählt, welches sowohl aus der Zusammenstellung mit dem Error in corpore, als auch aus einzelnen Aussprüchen, unwidersprechlich hervorgeht (a). — Der Irr-

(a) *L.* 9 § 2 *de contr. emt.* (18. 1.). „.. in ceteris autem *nullam esse venditionem* puto, quotiens in materia erratur." Dieses steht dem oben für unrichtig erklärten allgemeinen Princip ähnlich: quotiens in substantia (materia) erratur, nullus est contractus (§ 137), ist aber davon wesentlich verschieden, da es schon nach den Worten blos auf die vorhergehenden zwey Fälle

thum ist hier, wie bey dem Error in corpore, ein unächter, so daß es also gleichgültig ist, ob den Irrenden ein Tadel der Nachlässigkeit trifft oder nicht (§ 135). — Der Irrthum an sich ist der Grund, der uns bestimmt, den Willen als nicht vorhanden anzusehen. Nun können aber mit demselben noch andere Thatsachen zusammentreffen, die vielleicht auch für sich wieder besondere juristische Folgen haben. So z. B. kann über die irrig angenommene Eigenschaft der Sache ein ausdrückliches Versprechen gegeben seyn; es kann sich darauf ein Dolus des Gegners beziehen. Alle diese möglicherweise concurrirende Thatsachen liegen außer dem Kreise unsrer gegenwärtigen Betrachtung, indem sich diese auf die Ausschließung des Willens durch wesentlichen Irrthum über eine Eigenschaft der Sache beschränkt. Es ergiebt sich daraus, daß die juristische Beurtheilung von Fällen dieser Art eine sehr zusammengesetzte Natur haben kann. — Endlich ist hier, wie bey dem Irrthum über die Person (§ 136) zu bemerken, daß zuweilen diese Folge des Irrthums unmerklich verschwinden wird, weil in manchen Fällen die Verschiedenheit der wahren Beschaffenheit von der irrig vorausgesetzten, dem Irrenden gleichgültig, vielleicht sogar vortheilhaft seyn wird.

von Gold und Silber geht, also durchaus kein allgemeines Princip für den abstracten Fall des Error in substantia überhaupt vorstellen will. — Eben so wird in *L.* 11 *pr. eod.* das Daseyn des consensus negirt. — Welche Ansicht bey dieser Behandlung zum Grund liegt, ist schon oben angegeben worden (§ 137, besonders Note l). Vergl. auch Beylage VIII. Num. XXXIV. Note n

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Behandlung des erwähnten Falles, so natürlich und billig sie uns oft erscheinen mag, eine künstlichere Natur hat, als die gleiche Behandlung des Error in corpore, bey welchem die Annahme eines wirklichen Willens ganz unmöglich seyn würde. Daher wird sie überhaupt nur da angewendet, wo ein (sicheres oder denkbares) Rechtsinteresse des Irrenden dadurch zu schützen ist. Daher ist es ferner denkbar, daß jene Behandlung nicht zu allen Zeiten, auch wohl nicht schlechthin für alle Fälle, statt gefunden hat. Die nun folgende Aufstellung der Rechtsregeln im Einzelnen wird daher zugleich auf die Ermittlung und Angabe solcher historischen und praktischen Gränzen gerichtet seyn müssen.

Die einzelnen Stellen, die einen solchen Irrthum für wesentlich, und deshalb den Vertrag für nichtig erklären, betreffen insgesammt den Fall, da ein Käufer über die Gattung der gekauften Waare zu seinem Nachtheil irrt; er kauft nämlich ein Gefäß von Bronze oder Bley für Gold oder Silber, Essig für Wein, eine Sklavin für einen Sklaven. Hier ist überall der Kauf nichtig, der Käufer braucht daher nicht zu zahlen, und kann das gezahlte Geld zurückfordern (b). Dieses soll gelten, ohne Unterschied ob der Verkäufer es besser wußte, oder gleichfalls im Irrthum war (c). Offenbar ist hier an das zunächst

(b) *L.* 9 § 2 *L.* 11 *pr.* § 1 *L.* 14 *L.* 41 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.).

(c) Die ersten unter den angeführten Stellen sprechen von dem Irrthum des Käufers, ohne

liegende Intereſſe des Käufers gedacht, nicht einen hohen Preis für eine geringe Waare zahlen zu müſſen, und dieſer Zweck iſt durch die aufgeſtellte Regel vollſtändig erreicht. Es hat dieſelbe aber auch noch andere Folgen. War z. B. im Vertrag ausgeſprochen, daß das Gefäß von Gold ſey, und der Preis war für ein goldnes Gefäß nur mäßig, ſo würde der Käufer wünſchen, den Vertrag als gültig zu behandeln und die Differenz des Werths zu verlangen (§ 137. w); dieſes kann er nun nicht, weil gar kein Vertrag geſchloſſen iſt, ſelbſt wenn der Verkäufer in dolo war. Allein dieſer Betrug wird freylich ſelbſtſtändige Folgen haben können, unabhängig von dem Vertrag; der unredliche Verkäufer alſo muß den Käufer entſchädigen, wenn dieſer durch das, nunmehr als nichtig erkannte, Geſchäft irgend einen Verluſt erlitten hat (d).

ſich über das Bewußtſeyn des Verkäufers zu äußern; aber *L.* 14 *cit.* ſagt: „Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate *ambo errarent?*" Daraus folgt unwiderſprechlich, daß in den vorhergehenden Stellen ein wiſſender Verkäufer vorausgeſetzt wird. Dieſes Wiſſen nun läßt ſich noch auf zweyerley Weiſe denken, redlich und unredlich, indem der Verkäufer ein gleiches Wiſſen bey dem Käufer vorausgeſetzt haben könnte. Allein in den Stellen ſelbſt iſt wohl die Unredlichkeit des Verkäufers vorausgeſetzt, theils weil der ohne Zweifel weit höhere Preis das Wiſſen des Käufers unwahrſcheinlich machen mußte, theils weil es in *L.* 9 § 2 *cit.* heißt: „si acetum *pro vino veneat,* aes *pro auro.*" Veneat iſt ſo viel als venditum sit, das Wort bezeichnet alſo die Handlung des Verkäufers, welcher Eſſig anſtatt Wein feil geboten und verkauft, alſo für Wein ausgegeben hat, welches Verfahren bey ſeinem beſſeren Wiſſen nothwendig einen Betrug in ſich ſchließt.

(d) Wegen des Betrugs muß der Verkäufer den Käufer in die Lage ſetzen, wie wenn von dieſem Geſchäft nie die Rede geweſen wäre. Hat alſo der Käufer durch das Geſchäft Koſten gehabt,

Dieſe Nichtigkeit des Kaufs war jedoch nicht zu allen Zeiten anerkannt, ihre völlige Anerkennung muß daher der ausgebildeteren Rechtswiſſenſchaft zugeſchrieben werden. Zwar hatte ſie ſchon Julian behauptet (e), Marcellus aber verwarf ſie (f), und erſt durch Ulpian und Paulus (g) mag dieſe Lehre die unbeſtrittene Herrſchaft erlangt haben. Aus der älteren Zeit hat ſich denn auch noch ein Zeugniß für die Meynung erhalten, nach welcher der Kauf eines meſſingnen Gefäßes für ein goldnes den Vertrag eben ſo wenig ungültig machen ſoll, wie der Kauf getragener Kleider, die man für neue hält. Die Stelle iſt die theilweiſe ſchon oben erklärte *L.* 45 *de contr. emt.* (18. 1.) (§ 137. s), die unter den neueren Schriftſtellern beſonders viele Misverſtändniſſe erzeugt hat. Marcian ſagt zuerſt, Labeo führe (beſtätigend) die Meynung des Trebatius an, wenn ein Verkäufer getragene Kleider für

hat er an das vermeintlich goldne Gefäß Arbeitslohn gewendet, oder deshalb einen andern vortheilhaften Kauf verſäumt, ſo kann er Erſatz fordern. Allein für den Gewinn, den er, bey einem wirklich goldnen Gefäß, durch den gültigen Vertrag gemacht hätte, kann er keinen Erſatz fordern. Ganz unrichtig nehmen Manche an, der irrende Verkäufer ſey wegen Culpa verantwortlich. Culpa iſt gar nicht allgemein eine causa obligationis, wie es der Betrug allerdings iſt. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden iſt (der hier fehlt), da iſt dieſer eine causa obligationis, und die daraus entſpringende Obligation kann durch Culpa, wie durch Betrug, modificirt und erhöht werden.

(e) *L.* 41 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.).

(f) *L.* 9 § 2 *de contr. emt.* (18. 1.). „.. Marcellus scripsit .. emtionem esse et venditionem, *quia in corpus consensum est*, etsi in materia erratum." Das wird nun ſcheinbar beſchränkt, in der That völlig widerlegt.

(g) *L.* 9. 11. 14 *de contr. emt.* (18. 1.).

neue ausgebe, so könne der Käufer doch nur in dem Fall, wenn er sie wirklich für neu hielt, Entschädigung fordern. Hierauf folgt die aus Pomponius und Julian entlehnte Bestätigung und weitere Ausführung dieser Behauptung. Daran schließt sich endlich die Fortsetzung des von Labeo aufgestellten Satzes (h), indem derselbe nun auch auf metallene Gefäße in folgenden Worten angewendet wird: „quemadmodum si vas aurichalcum (i) pro auro vendidisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit praestet" (k). Hier ist es einleuchtend, daß der Kauf der me-

(h) Die Worte: quam sententiam et Pomponius bis: quod ex eo contingit bilden eine, blos auf das vorhergehende zu beziehende, Parentheſe. Dieſes Verhältniß der Sätze wird ſchon durch die wechslende Conſtruction angedeutet, denn der Zwiſchenſatz ſchließt mit: qui ait ... teneri, während der folgende Satz ſo lautet: quemadmodum .. tenetur, welches nicht mehr durch qui ait regiert werden kann. Noch ſicherer aber folgt es daraus, daß der Schlußſatz unmöglich von Julian herrühren kann, weil dieſer nach *L.* 41 § 1 *eod.* über die Metallgefäße die entgegengeſetzte Meynung hatte.

(i) aurichalcum oder orichalcum iſt Meſſing, eine Miſchung aus Kupfer und Galmey, wie es auch die Alten beſchreiben; nicht, wie es Manche nach einer täuſchenden Etymologie erklären wollten, Miſchung aus Gold und Kupfer, welches gerade für unſre Unterſuchung ein entgegengeſetztes Reſultat geben müßte. Hier wird das Wort, welches außerdem nur ſubſtantiviſch vorkommt, als Adjectivum gebraucht. Dieſer (bey einem nicht häufigen Wort minder erhebliche) Anſtoß hat in der Vulgata die Leſeart si vas aurichalci, bey Haloander die wichtigere Emendation si *quis* aurichalcum veranlaßt, welche letzte wohl durch keine Handſchrift unterſtützt wird, und verworfen werden muß.

(k) Scheinbaren Anſtoß erregt es, daß es erſt heißt aurichalcum vendidisset, und nachher doch aurum quod vendidit. Aber Beides iſt richtig; er verkaufte in der That Meſſing, nach ſeinen Worten (alſo nach dem Inhalt des Contracts) Gold. Die Worte ut aurum quod vendidit praestet ſind ſo zu verſtehen: er ſoll für das im Vertrag zuge-

tallenen Gefäße dem Kleiderkauf völlig gleich gestellt, und daß bey beiden gleichmäßig die Gültigkeit des Vertrags entschieden angenommen wird. Da nun in den anderen angeführten Stellen bey Metallgefäßen gerade das Gegentheil angenommen wird, so nahmen hieran mit Recht unsre Schriftsteller Anstoß. Die Vereinigungsversuche sind insgesammt gezwungen und unbefriedigend ausgefallen, theilweise widersprechen sie geradezu den Worten(l). Das Einfachste ist aber wohl, die Äußerung des Labeo, eben so wie die des Marcellus, zu der älteren, nunmehr verworfenen, Meynung zu zählen. Ob Marcian diese Meynung billigte, oder vielleicht in der nicht mit excerpirten Fortsetzung der Stelle widerlegte, läßt sich nicht ausmachen. Zu tadeln sind die Compilatoren nur insofern, als sie diese Äußerung eines sehr alten Juristen in einer solchen Gestalt aufgenommen haben, aus welcher nicht unmittelbar, und ohne Vergleichung anderer Stellen, ihre spätere Verwerfung erhellt; das Versehen erklärt sich aber daraus, daß dieser Fall hinter dem andern, ganz unbedenklichen, Fall von den alten Kleidern erwähnt war, durch welche Verbindung den Compilatoren die wesentliche Verschiedenheit unbemerkt blieb, wie denn ähnliche Fälle öfter vorkommen (vgl. § 124. i).

sagte Gold Entschädigung leisten. Darauf geht nämlich die actio emti, s. o. § 137. w.

(l) So ist bey Averanius Interpr. I. 19 § 9. 10 (der übrigens die Sache gründlich behandelt) die Vereinigung höchst gezwungen; eben so bey Richelmann S. 69. Die Meisten helfen sich damit, daß sie auf die Schwierigkeit nicht recht eingehen.

Ich will es nun versuchen, die in den angeführten Stellen nicht erwähnten, aber verwandten Fälle, nach den dort angewendeten Grundsätzen zu beurtheilen. Wenn der Käufer weiß, daß das Gefäß nur vergoldet ist, welches der Verkäufer für Gold hält, so gilt der Kauf, und der versprochene Preis muß gezahlt werden; denn der Käufer irrt nicht, und in dem irrenden Verkäufer ist kein denkbares Rechtsinteresse durch Annahme der Ungültigkeit zu schützen (m). — Wenn umgekehrt der Verkäufer das wirklich goldne Gefäß für vergoldet hält, und in diesem Irrthum verkauft, so ist nach derselben Regel, die in jenen Stellen zum Schutz des Käufers angewendet wurde, auch der Verkauf für nicht geschlossen zu halten (n); es ist auch dabey gleichgültig, ob der Käufer in demselben Irrthum war oder nicht.

Die hier über den Kauf und Verkauf aufgestellten Regeln sind unbedenklich auch auf den Tausch anzuwenden, dessen innere Verwandtschaft mit dem Kauf, an sich selbst

(m) Wer ein Gefäß um Hundert verkaufen will, das er für ein goldnes hält, kann unmöglich diesen Verkauf abweisen, wenn er erfährt, daß es nur vergoldet ist. Es ist genau derselbe Fall wie in *L.* 52 *loc.* (19. 2.), wo Derjenige, welcher ein Grundstück um Zehen pachten will, geradezu so angesehen wird, als hätte er auch um Fünf pachten wollen, ohne daß er weiter hierüber gefragt wird. Es ist in beiden Fällen von einem reinen Mehr und Weniger die Rede. Auch spricht dafür die augenscheinliche Analogie von *L.* 57 § 2 *L.* 58 *de contr. emt.* (18. 1.).

(n) Man könnte dagegen einwenden, jeder Verkäufer müsse die Eigenschaften seiner Sache kennen, und der Irrthum sey daher seine eigene Schuld (*L.* 15 *C. de resc. vend.* 4. 44.). Allein bey dem unächten Irrthum, wovon hier die Rede ist, kommt auf die Verschuldung überhaupt Nichts an.

unverkennbar, in unsren Rechtsquellen deutlich ausgesprochen ist (o).

Bey dem Miethcontract wird seltner eine Veranlassung zu diesen Regeln vorkommen (p). Wo sie aber vorkäme, würde es dieser Regeln nicht einmal bedürfen, da hier der Vertrag auf Gebrauch gerichtet ist, welcher an sich schon eine bestimmte Form und Gebrauchsart der Sache voraussetzt. Daher wird hier auch in ähnlichen Fällen dem Miether ein viel durchgreifenderer Schutz als dem Käufer gewährt (q).

Bey der Schenkung (r) sind folgende Grundsätze anzuwenden. Wird ein vergoldetes Gefäß geschenkt, das der Beschenkte für Gold hält, so ist die Schenkung dennoch gültig, da der Irrende kein mögliches Rechtsinteresse dagegen hat; denn dieses geringere Gefäß ist doch mehr werth, als gar Nichts. Wird umgekehrt ein goldnes ge-

(o) *L.* 2 *de rer. perm.* (19. 4.).

(p) Es wäre möglich bey Sklaven und Sklavinnen; eben so wenn Jemand ein Silberservice miethen wollte, und ein plattirtes erhielte.

(q) Wenn ein Haus nach geschlossenem Kauf abbrennt, so trifft der Schade den Käufer, der das ganze Kaufgeld bezahlen muß; brennt es ab nach geschlossenem, ja sogar nach theilweise erfülltem Miethcontract, so wird von der Zeit des Brandes an kein Miethgeld gezahlt. *L.* 19 § 6 *locati* (19. 2.).

(r) Es ist gleichgültig, ob hier von einem Schenkungsversprechen, oder von der Tradition als Schenkung, die Rede seyn mag. Denn auch die Tradition erhält ihre Kraft nur durch die donationis causa, den donandi animus, und dieser eben wird durch den wesentlichen Irrthum ausgeschlossen. — Ich betrachte übrigens hier die Schenkung rein als solche, wobey das Versprechen nach *L.* 35 *C. de don.* (8. 54.) die Natur eines b. f. contractus hat. Inwiefern die hinzutretende Stipulation einen Unterschied macht, wird sogleich untersucht werden.

ſchenkt, das der Schenkende für vergoldet hält, ſo iſt die Schenkung, ohne Rückſicht auf das Bewußtſeyn des Beſchenkten, für ungültig zu halten. Dafür ſpricht die Analogie der gleichartigen Regel für den Verkauf, die hier ſogar noch höheren Anſpruch auf Anerkennung haben muß.

Daſſelbe iſt unbedenklich auch anzunehmen, wenn ein Teſtator in einem ſo weſentlichen Irrthum über die legirte Sache iſt.

Bey der Stipulation wird ausdrücklich geſagt, das Verſprechen ſey gültig, auch wenn der Glaubiger das Bronzegefäß für Gold halte (s). Dieſes könnte nun ſchon aus der Natur des einſeitigen Vertrags gefolgert werden, eben ſo wie bey der Schenkung (t), weil Bronze mehr iſt als Nichts. Allein der Grund, den der alte Juriſt angiebt (quoniam in corpore consenserimus), deutet auf mehr. Da nämlich derſelbe Juriſt (Paulus) bey dem Kauf den Conſens in corpore für nicht hinreichend hält, um bey Gold und Bronze den Irrthum über den Stoff zu beſeitigen (u), ſo will er ohne Zweifel ſagen, die freye

(s) *L.* 22 *de V. O.* (45. 1.). „Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris." Der dolus geht darauf, wenn mit Rückſicht auf eine (vergangne oder künftige) Gegenleiſtung die Stipulation geſchloſſen iſt, welche dadurch dennoch nicht aufhört, ein einſeitiger Vertrag zu ſeyn. Fehlt in der Stipulation die doli clausula, ſo gilt hier freylich nicht die Stipulationsklage, aber unſtreitig die doli actio.

(t) Nämlich die Stipulation kann zugleich eine Schenkung ſeyn, dann fallen beide Geſichtspunkte zuſammen; das iſt aber ganz zufällig; vgl. Note s.

(u) *L.* 10 *de contr. emt.* (18.

aequitas, die zu dieser etwas künstlichen Behandlung bey dem Kauf geführt habe, dürfe bey der streng buchstäblichen Natur der Stipulation nicht gelten. Daraus folgt denn, daß auch die Stipulation gelten mußte, worin der Schuldner das versprochene Gefäß für vergoldet hielt, welches in der That Gold war. Für unser heutiges Recht übrigens kann dieses gleichgültig seyn.

Endlich wird noch diese Art des Irrthums erwähnt bey der Verpfändung. Empfängt der Glaubiger als Pfand ein vergoldetes Gefäß, das der Verpfänder für Gold ausgiebt, so soll das Pfandrecht dennoch begründet seyn (v). Dieses folgt wieder aus der Natur des einseitigen Vertrags, da das vergoldete Gefäß mehr Sicherheit giebt als gar Nichts. Es wird aber hinzugesetzt, gegen den Verpfänder gehe eine pignoraticia contraria actio, und außerdem habe er sich eines Stellionats schuldig gemacht (vorausgesetzt, daß er in dolo war, welches aus der Zusage allein nicht nothwendig folgt). Die pignoraticia contraria, die durch die Zusage unzweifelhaft begründet ist (§ 137. w), geht darauf, daß ein Pfand von gleichem Werth mit dem versprochnen goldnen Gefäß gegeben

1.), die offenbar dieselbe Ansicht voraussetzt, wie die vorhergehende *L.* 9 *eod.*

(v) *L.* 1 § 2 *de pign. act.* (13. 7.). — Ein ganz verschiedener, nicht hierher gehörender Fall ist es, wenn ein goldnes Gefäß wirklich verpfändet, diesem aber nachher bey der Übergabe ein vergoldetes untergeschoben wird. Hier ist das Rechtsgeschäft ohne Irrthum vollendet, und die Vertauschung gilt als Diebstahl. *L.* 1 § 1 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 20 *pr. de furtis* (47. 2.).

werde. Aber ich glaube, daß dieſelbe Klage, als b. f. actio, auch außer dem Fall einer ausdrücklichen Zuſage gelten muß, wenn nur der wahre Werth der verpfändeten Sache nicht im Verhältniß mit dem Betrag der Schuld ſteht. Denn auch in anderen Fällen gilt dieſe Klage, wenn der Glaubiger aus Irrthum ein Pfand annimmt, das ihm keine hinreichende Sicherheit gewährt: namentlich wenn die verpfändete Sache in fremdem Eigenthum, oder ſchon an Andere verpfändet, oder wenn der verpfändete Sklave durch Krankheit von geringerem Werth iſt (w).

§. 139.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabſichtliche. Gränze dieſes Falles.

Es iſt bisher eine Reihe von Fällen angegeben worden, in welchen der Irrthum bey einem Rechtsgeſchäft als ein weſentlicher, das heißt den Willen ausſchließender, zu betrachten iſt (§ 135—138). Wegen der Wichtigkeit dieſes Einfluſſes iſt es nun noch nöthig, die Gränze dieſes Falles dadurch feſter zu beſtimmen, daß einige verwandte Fälle, denen dieſelbe Natur leicht zugeſchrieben werden möchte, ausdrücklich davon ausgeſchloſſen werden.

Es darf alſo nicht dahin gerechnet werden der wichtige Fall, da die Ausführung eines Rechtsgeſchäfts ſchon zu der Zeit, worin das Geſchäft geſchloſſen wurde, unmöglich war, z. B. wenn eine verkaufte Sache dem Ver-

(w) *L.* 9 *pr.*, *L.* 16 § 1, *L.* 32, *L.* 36 § 1 *de pign. act.* (13. 7.).

kehr entzogen, oder zur Zeit des Verkaufs schon untergegangen ist. Zwar wird hier gewöhnlich auch ein Irrthum über die Eigenthumsfähigkeit oder das Daseyn der Sache vorhanden seyn: auch ist in der Regel die Wirkung, eben so wie bey dem wesentlichen Irrthum, Nichtigkeit des Geschäfts; dennoch hat dieser Fall eine ganz andere Natur, und gehört gar nicht in den gegenwärtigen Kreis der Betrachtung. Zwar werden auch hier gewöhnlich die Parteyen in Unwissenheit über den Untergang der Sache seyn, wodurch man verleitet werden möchte, diesen Fall mit dem wesentlichen Irrthum über die Eigenschaften in Verbindung zu setzen. Allein der Irrthum ist dabey keineswegs nothwendig, vielmehr wird die Nichtigkeit unbedingt, ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn der handelnden Personen, ausgesprochen (a), ja sie wird ausdrücklich für den Fall anerkannt, da der Käufer jenen Grund der Ungültigkeit kannte (b). Demnach ist hier überhaupt nicht von einer mangelhaften Willenserklärung die Rede, diese ist vielmehr in sich vollendet, und alles Besondere, was hier eintritt, liegt in einem ganz anderen Gebiete, dem der Ausführung des Willens, oder seiner Wirkungen. Diese Wirkungen aber können nicht in einer gemeinsamen Betrachtung zusammengefaßt werden, da sie bey den einzelnen Klassen der Rechtsverhältnisse zu verschiedenartig sind;

(a) *L.* 8 *L.* 15 *pr. L.* 34 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44. 7.).

(b) *L.* 6 *pr. L.* 34 § 2 *de contr. emt.* (18. 1.).

ſie müſſen daher dem beſondern Theile des Syſtems vorbehalten bleiben (c).

Ferner iſt der Irrthum in den Beweggründen in der Regel ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Rechtsgeſchäfte (d). Auch wenn der Beweggrund ausgeſprochen wird, und ſich ungegründet befindet (falsa causa), ſo iſt darum das Geſchäft nicht weniger gültig (e). Nur giebt es bey Teſtamenten mehrere Fälle, in welchen der Irrthum die Verfügung entkräftet, wobey es dann wieder gleichgültig iſt, ob der Beweggrund ausgeſprochen war oder nicht (f). Auch kann bey allen Rechtsgeſchäften dem Beweggrund die Geſtalt einer Bedingung oder eines Modus gegeben werden, in welchem Fall er nach der Natur dieſer Rechtsverhältniſſe wirkt. Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft ſeyn, ob eine gegebene Erklärung die eine oder andere dieſer Bedeutungen haben ſoll, da es denn auf deren Auslegung ankommt (g).

(c) So muß alſo z. B. bey den Verträgen der Fall beachtet werden, wenn die Ausführung unmöglich iſt wegen des Untergangs der Sache oder wegen ihrer Unfähigkeit zum Eigenthum. Eben dahin aber gehört auch der Fall, da der Inhalt des Vertrags, wegen ſeiner Widerrechtlichkeit oder Unſittlichkeit, nicht zur Ausführung kommen darf, in welchem Fall auch nicht einmal der Schein einer mangelhaften Willenserklärung vorhanden iſt. Dieſe Fälle, bezogen auf den Inhalt der Verträge, ſtehen unter einander in derſelben Verbindung, in welcher ſie oben in Beziehung auf die Bedingungen (die eine allgemeinere Natur haben) betrachtet worden ſind (§ 121—124).

(d) Vgl. § 115, und Beylage VIII. Num. X. XI. XVII.

(e) Ulpian. XXIV. § 19. § 31 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 17 § 2 *L.* 72 § 6 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 § 8 *de dote prael.* (33. 4.).

(f) Beylage VIII. Num. XVII.

(g) § 31 *J. de leg.* (2. 20.),

Ferner ist in der Regel unwesentlich der bloße Irrthum über Eigenschaften des Gegenstands eines Rechtsverhältnisses, mag auch die irrige Annahme derselben zugleich der Beweggrund für den Willen gewesen seyn. Dieses ergiebt sich am unzweifelhaftesten aus dem Gegensatz der wenigen, beschränkten Fälle, in welchen der die Eigenschaften betreffende Irrthum in der That ein wesentlicher ist, und daher den Willen ausschließt (§. 137. 138).

Unwesentlich ist eben so der Irrthum in der namentlichen Bezeichnung persönlicher oder sachlicher Individuen (nomen), vorausgesetzt daß die Person oder Sache richtig gedacht, und nur der Name verwechselt ist (h). — Eben so ist gleichgültig die unrichtige Benennung eines Rechtsgeschäfts (z. B. Kauf oder Schenkung), wenn die Parteyen aus Rechtsunkunde für das von ihnen wirklich gemeynte Geschäft einen falschen Namen gewählt haben (§ 134. l). — Endlich auch ist gleichgültig das in einem Testament von dem Testator selbst, oder von dem Schreiber dem er dictirte, falsch geschriebene Zahlzeichen, wenn nur die Zahl selbst, an die der Testator dachte, außer Zweifel steht (i).

L. 17 § 3 *de cond.* (35. 1.), *L.* 2 § 7 *L.* 3 *de don.* (39. 5.).

(h) So bey Erbeinsetzungen und Legaten in Ansehung der Personen. § 29 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 16 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 4 *C. de test.* (6. 23.); in Ansehung der legirten Sachen. *L.* 4 *pr. de leg.* 1 (30. un.), *L.* 28 *de reb. dub.* (34. 5.), *L.* 7 § 1 *C. de leg.* (6. 37.). — Eben so bey Contracten. *L.* 32 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 9 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.). — Bey der Wahl eines Richters. *L.* 80 *de jud.* (5. 1.). — Bey der Tradition. *L.* 34 *pr. de adqu. poss.* (41. 2.).

(i) *L.* 9 § 2. 3. 4 *de her. inst.* (28. 5.).

— Dagegen iſt nicht gleichgültig die irrige appellative Bezeichnung einer Gattung von Sachen; das Gemeynte, aber nicht Ausgedrückte, ſoll hier nicht gelten (k).

Ferner iſt auch unweſentlich der Irrthum in der beſchreibenden Bezeichnung von Individuen (demonstratio), das heißt in der Angabe nicht vorhandener Eigenſchaften oder Verhältniſſe derſelben, wenn nur wiederum der richtige Gedanke dem Erklärenden beygewohnt hat (l). — Anders iſt es, wenn die falſche Beſchreibung zuſammenfällt mit einem falſchen Beweggrund, und dieſer zugleich ein ſolcher iſt, welcher ausnahmsweiſe den Willen entkräftet (m). — Von dem Fall der bloßen Beſchreibung iſt zu unterſcheiden die Angabe der Eigenſchaft einer Gattung, wodurch dieſe auf eine beſondere Art beſchränkt wird.

(k) *L.* 4 *pr. de leg.* 1 (30. un.). „.. rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia." *L.* 7 § 2 *de suppell.* (33. 10.). „.. ex communi usu nomina exaudiri debere ... non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit" ... Das wird dabey freylich anerkannt, daß auch die Gattung nicht gelte, die der Teſtator wörtlich bezeichnet, aber nicht gemeynt habe. — Indeſſen, auch mit dieſer natürlichen Beſchränkung, iſt doch der Satz aus der etwas ängſtlichen Behandlung der Legate zu erklären, und dürfte ſich im heutigen Recht ſchwerlich rechtfertigen laſſen. Wenigſtens bey Verträgen ſcheint es unbedenklich, diejenige Gattung gelten zu laſſen, an welche die Contrahenten übereinſtimmend gedacht haben, ſelbſt wenn ſie dieſelbe mit einem unrichtigen Ausdruck bezeichnet haben mögen.

(l) So bey der Perſon des Erben oder Legatars. *L.* 17 § 1 *L.* 33 *pr. L.* 34 *pr. L.* 40 § 4 *de cond.* (35. 1.), *L.* 48 § 3 *de her. inst.* (28. 5.), *L.* 5 *C. eod.* (6. 24.); bey der legirten Sache. Ulpian. XXIV. § 19, § 30 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 17 *pr.* § 1 *L.* 72 § 8 *de cond.* (35. 1.), *L.* 35 § 1. 2 *L.* 102 § 1 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 28 *de reb. dub.* (34. 5.).

(m) Beylage VIII. Num. XVII.

Dieſe Beſtimmung iſt eben ſo von Einfluß, wie die der Gattung ſelbſt; iſt ſie nun irrig, indem eine ſolche Eigenſchaft bey der ganzen Gattung nicht vorkommt, ſo daß die Haupt- und Nebenbeſtimmung mit einander im Widerſpruch ſtehen, ſo wird dadurch das ganze Rechtsgeſchäft entkräftet (n).

§. 140.

IV. Vertrag.

Unſere Betrachtung der juriſtiſchen Thatſachen iſt bis jetzt ſtets vom Allgemeinen zum Beſonderen fortgeſchritten: von der Thatſache überhaupt zur freyen Handlung, von dieſer zur Willenserklärung (§ 104 fg.). Wir gehen auf dieſem Wege einen Schritt weiter, indem wir das Weſen des Vertrags zu beſtimmen ſuchen, welcher unter allen Arten der Willenserklärung die wichtigſte und umfaſſendſte iſt. Der Begriff deſſelben iſt Allen, auch außer dem Gebiet unſrer Wiſſenſchaft, geläufig, den Juriſten aber durch vielfache Anwendungen ſo bekannt und unentbehrlich, daß man überall eine gleichförmige und richtige Auffaſſung deſſelben erwarten möchte; dennoch fehlt hieran ſehr viel.

(n) *L.* 7 § 1 *de trit.* (33. 6.). „*Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato.* Ofilius, nihil legatum esse, quod et Labeo probat: quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset: quod verum puto." Der Modius Weizen mochte im Durchſchnitt kaum Fünf und zwanzig Römiſche Pfunde wiegen (Plinius H. N. XVIII. 7.), Weizen zu Hundert Pfund ſchwer war alſo unmöglich zu finden.

Ich will es verſuchen, durch die Analyſe eines Falles, an deſſen Vertragsnatur Niemand zweifelt, den Begriff ſelbſt zur Anſchauung zu bringen. Betrachten wir zu dieſem Zweck den Kaufcontract, ſo iſt das Erſte, was wir dabey wahrnehmen, eine Mehrheit einander gegenüber ſtehender Perſonen. In dieſem beſonderen Fall, ſo wie in den meiſten, ſind es gerade zwey Perſonen; in manchen Fällen aber, wie bey der Societät, iſt die Anzahl ganz zufällig, und ſo müſſen wir bey dem allgemeinen, unbeſtimmten Merkmal der Mehrheit ſtehen bleiben. — Dieſe Mehreren müſſen irgend Etwas, und zwar Beide daſſelbe, beſtimmt gewollt haben, denn ſo lange noch entweder Unentſchiedenheit, oder Mangel an Übereinſtimmung vorhanden iſt, wird Niemand einen Vertrag annehmen können. — Sie müſſen ſich dieſer Übereinſtimmung bewußt geworden ſeyn, das heißt der Wille muß gegenſeitig erklärt worden ſeyn, da der blos gefaßte, aber heimlich gehaltene Entſchluß nicht als Beſtandtheil eines Vertrags gelten kann. — Ferner iſt der Gegenſtand des Willens zu beachten. Kommen zwey Menſchen mit einander überein, ſich gegenſeitig in Tugend, Wiſſenſchaft, Kunſt, durch Rath und Beyſpiel zu fördern, ſo würde das nur ſehr uneigentlich ein Vertrag genannt werden. Der Unterſchied von dem beyſpielsweiſe angeführten Kaufcontract, der wirklich ein Vertrag iſt, liegt aber darin, daß in dieſem der Wille auf ein Rechtsverhältniß als Zweck gerichtet iſt, in jenen Fällen auf andere Zwecke. — Aber auch die bloße Rich-

tung auf ein Rechtsverhältniß iſt noch nicht hinreichend. Wenn die Mitglieder eines Gerichtshofs, nach langen Debatten, über ein Urtheil ſich einigen, ſo finden ſich alle bisher angegebene Merkmale, auch ein Rechtsverhältniß iſt Zweck des Beſchluſſes, und dennoch iſt kein Vertrag anzunehmen. Der Grund liegt darin, daß das Rechtsverhältniß ihnen fremd, nicht wie bey dem Kaufcontract ihr eigenes iſt.

Die angegebenen Merkmale laſſen ſich in folgenden Begriff zuſammenfaſſen. Vertrag iſt die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinſtimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältniſſe beſtimmt werden. — Dieſer Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, oben dargeſtellten Begriffs der Willenserklärung. Er unterſcheidet ſich als einzelne Art von dieſer ſeiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen, anſtatt daß die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Perſon ausgehen kann.

Unter den zu dieſem Begriff zuſammengefaßten Merkmalen iſt nur eines einer näheren Erwägung bedürftig, da gerade hierin der Sitz mancher Misverſtändniſſe iſt: das Merkmal des Rechtsverhältniſſes. Es fragt ſich nämlich, ob Rechtsverhältniſſe aller Art, oder etwa nur eine einzelne Art derſelben, Gegenſtand des Vertrages ſeyn können. Von dieſer Seite nun müſſen wir für den angegebenen Begriff die ausgedehnteſte Anwendbarkeit in An-

ſpruch nehmen. Es ſind alſo Verträge möglich im Völkerrecht, im Staatsrecht, im Privatrecht: in dieſem ferner bey allen Arten der ihm angehörenden Rechtsinſtitute.

Völkerrechtliche Verträge finden ſich in allen Bündniſſen, Friedensſchlüſſen, wie in der Unterwerfung eines ſouveränen Staats unter die Hoheit eines andern, oder umgekehrt in der Verwandlung von Beſtandtheilen eines Staats in einen eigenen, ſelbſtſtändigen Staat (a). Die Römiſchen Juriſten nennen den völkerrechtlichen Vertrag publica conventio (b); ſie warnen vor der misbräuchlichen Anwendung der Regeln und Formen des Privatrechts auf denſelben (c).

Staatsrechtliche Verträge ſind namentlich in Deutſchland häufig vorgekommen: ſo zwiſchen dem Fürſten und den Ständen, zwiſchen verſchiedenen Mitgliedern eines regierenden Hauſes. Recht entſchieden tritt dieſe Form ins-

(a) Von Unterwerfungsverträgen in mancherley Abſtufungen liefert die Römiſche Geſchichte viele Beyſpiele. Die Verträge, wodurch ſouveräne Staaten entſtehen, ſind meiſt die Folge von Revolution und Krieg: ſo die Losreißung Hollands von Spanien, der vereinigten Staaten in Nordamerika von England, Belgiens von Holland, der Spaniſchen und Portugieſiſchen Colonien vom Mutterland. Sie kommen aber auch als friedliche und freywillige vor: ſo wenn in Nordamerika eine Anzahl von Einwohnern zu einem neuen Staat vereinigt werden.

(b) *L.* 5 *de pactis* (2. 14.).

(c) Gajus III. § 94. Nachdem er zuerſt geſagt hatte, nur Römiſche Bürger könnten in der Formel: Spondes? Spondeo gültig contrahiren, fährt er fort: „Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si Imperator noster Principem alicujus peregrini populi de pace ita interroget: Pacem futuram spondes? vel ipse eodem modo interrogetur. *Quod nimium subtiliter dictum est: quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed jure belli res vindicatur.*"

beſondere in der Wahlkapitulation des Kaiſers hervor (d). — Dagegen iſt in dieſem Gebiet dem Vertrag manche irrige Anwendung beygelegt worden. So bey der urſprünglichen Entſtehung der Staaten, die häufig auf einen Vereinigungs- und Unterwerfungs-Vertrag zurückgeführt wird, da doch jede Ableitung derſelben aus individueller Willkühr verneint werden muß (§ 9). Eben ſo aber auch bey dem Eintritt des Einzelnen in den Staat. Wie nämlich der Menſch durch ſeine Geburt Glied einer Familie wird, und zwar in der Regel einer durch Ehe rechtlich geordneten Familie: eben ſo wird er durch Geburt Glied eines Volks und zugleich eines Staates, welcher nur die Erſcheinung des Volks in beſtimmter Rechtsform iſt. Durch jenes, wie durch dieſes Band wird der Einzelne an das Ganze der Menſchheit angeknüpft, lange ehe er ein Bewußtſeyn davon haben kann; daher iſt es für beiderley Verbindungen gleich unzuläſſig, ſie auf Vertrag, alſo auf individuelle Willkühr, zurück zu führen. Allein das urſprünglich vorhandene Familienband kann durch freye Handlungen modificirt oder nachgeahmt werden, namentlich durch Emancipation und Adoption. Eben ſo iſt es denkbar, daß der Einzelne durch freyen Entſchluß den angebornen Staat verlaſſe, und in einen neuen eintrete; auch dieſe Verände-

(d) Am Schluß des Eingangs heißt es: „daß Wir Uns demnach aus freyem gnädigen Willen mit denſelben .. Kurfürſten, für ſich und ſämmtliche Fürſten und Stände des heiligen römiſchen Reichs geding- und paktsweiſe dieſer nachfolgenden Artikel vereiniget, verglichen, angenommen und zugeſagt haben.“

rung kam, je nach den Einrichtungen eines Staates, die Form eines wahren Vertrags annehmen.

Die privatrechtlichen Verträge aber ſind unter allen die mannigfaltigſten und häufigſten, und ſie allein haben die gegenwärtige Betrachtung veranlaßt. Hier nun kommt der Vertrag bey allen Arten der Rechtsinſtitute vor, und überall als eine der wichtigſten Rechtsformen. So zuerſt bey den Obligationen, und zwar vor Allem zur Begründung derſelben, welche Verträge man vorzugsweiſe die obligatoriſchen nennt: eben ſo aber auch zur Auflöſung der Obligationen. — Ferner im Sachenrecht, und zwar gleichfalls in der ausgedehnteſten Anwendung. So iſt die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn ſie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Beſitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältniſſe der Handelnden dadurch neu beſtimmt; daß dieſe Willenserklärung für ſich allein nicht hinreicht zur vollſtändigen Tradition, ſondern die wirkliche Erwerbung des Beſitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Weſen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf. Eben ſo entſtehen die Servituten regelmäßig durch Vertrag, man mag nun mit den Meiſten eine Tradition fordern, wie bey dem Eigenthum, oder den bloßen Vertrag an ſich für genügend halten. Eben ſo entſteht durch Vertrag die Emphyteuſe, die Superficies, das Pfandrecht; bey dieſem letzten iſt

nicht einmal die irrige Behauptung versucht worden, daß noch eine Tradition hinzutreten müsse. — In diesen häufigen und wichtigen Fällen wird die Vertragsnatur der Handlung meist übersehen, weil man sie nicht gehörig von dem obligatorischen Vertrag unterscheidet, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereitet und begleitet. Wird zum Beyspiel ein Haus verkauft, so denkt man gewöhnlich an den obligatorischen Kauf, und ganz richtig; aber man vergißt darüber, daß die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag ist, und ein von jenem Kauf ganz verschiedener, nur durch ihn nothwendig gewordener. Die Verwechslung wird recht anschaulich durch die seltneren Fälle der Tradition ohne vorhergehende Obligation, wie bey dem Geschenk an einen Bettler, das einen wahren Vertrag enthält ohne alle Obligation, bloßes Geben und Nehmen in übereinstimmender Absicht; ferner durch die Verpfändung ohne Besitz (hypotheca), wobey durch Vertrag blos das dingliche Pfandrecht entsteht, gar keine Obligation. Man könnte, zur schärferen Unterscheidung alle diese Fälle als dingliche Verträge bezeichnen. — Endlich gehören unter die privatrechtlichen Verträge auch diejenigen, wodurch in der Familie Rechtsverhältnisse bestimmt werden, namentlich die Ehe, die Adoption, die Emancipation. Die Einwürfe gegen die Vertragsnatur der Ehe werden im folgenden §. geprüft werden; die Vertragsnatur der Adoption und Emancipation ist bey den durch ihr Alter handlungsfähigen Kindern nicht zu bezweifeln. Für diese Art

der Verträge würde die Benennung der Familienverträge an ſich paſſend ſeyn; ſie iſt jedoch nicht räthlich, weil ſie nach dem herrſchenden Sprachgebrauch ſchon für andere (das Vermögen betreffende) Verträge angewendet zu werden pflegt.

§. 141.

IV. Vertrag. (Fortſetzung.)

Von der hier gegebenen Darſtellung des Begriffs vom Vertrag weichen unſre Schriftſteller, ältere und neuere, darin ab, daß ſie eine einzige unter den angegebenen Anwendungen für den Gattungsbegriff ſelbſt nehmen, indem ſie den Vertrag im Allgemeinen ſo erklären, und mit dem Ganzen ihrer Syſteme in ſolche Verbindung ſetzen, als wäre der obligatoriſche Vertrag der einzige überhaupt (a). Sie geben dadurch dem Begriff eine zu enge Begränzung, und ſchließen viele wichtige Fälle von deſſen Anwendung aus, anſtatt daß im Staatsrecht nicht ſelten eine zu ausgedehnte Anwendung jenes Begriffs gemacht wird (§ 140). Der Grund dieſer unvollſtändigen Auffaſſung liegt darin, daß der obligatoriſche Vertrag nicht nur der häufigſte unter allen iſt, ſondern auch derjenige, in welchem die Ver-

(a) Donellus Lib. 12 C. 6. Hofacker T. 3 § 1752. Thibaut § 444. Heiſe B. 3 § 69. Mühlenbruch § 331. Mackeldey § 353. — Von Puchta Lehrbuch der Pandekten 1838 § 237 wird die allgemeinere Bedeutung der Verträge ganz ausdrücklich anerkannt.

tragsnatur augenscheinlicher und wirksamer als in anderen Anwendungen hervortritt. Dieses zeigt sich deutlich in einer Stelle des Ulpian, welcher den Vertragsbegriff im Allgemeinen festzustellen sucht (b). Er wählt dafür zuerst den Ausdruck Pactio, und erklärt diesen genau in dem allgemeinen, umfassenden Sinn, welchen ich dem Vertrag zugeschrieben habe: Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus. Darauf wird der Ausdruck Conventio gebraucht, augenscheinlich nur als abwechslende Bezeichnung, nicht als ob Conventio etwas Anderes, oder Engeres, oder Weiteres ausdrücken sollte. Diese Conventio nun wird Anfangs eben so allgemein erklärt, dann aber verliert sich unvermerkt der Gattungsbegriff ganz in die einzelne Art der obligatorischen Verträge.

Man könnte jedoch leicht diesem Gegensatz der Meynungen eine größere Wichtigkeit beylegen, als ihm in der That zukommt. Wenn nämlich nun von mir allgemeine Rechtsregeln über die Verträge aufgestellt würden, die ich auf die Ehe, Tradition u. s. w. anwendete, während Andere diese Anwendung unterließen, so würde darin eine wichtige praktische Verschiedenheit enthalten seyn. So ist es aber nicht. Denn die für die Verträge geltenden Rechtsregeln beziehen sich auf die ihnen zum Grunde liegenden allgemeineren Begriffe der freyen Handlungen oder der Willenserklärungen (§ 104. 106. 114); so die Lehre von den Altersstufen, von Zwang und Irrthum, von den Be-

(b) *L.* 1 § 2. 3. 4 *de pactis* (2. 14.).

dingungen u. ſ. w. Dieſe ſind alſo auf alle Willenserklärungen unzweifelhaft anwendbar, folglich unabhängig von der hier angeregten Streitfrage. Man kann in dieſer Hinſicht die Verträge beynahe als gleichbedeutend anſehen mit den Rechtsgeſchäften unter Lebenden überhaupt, und in dieſem Sinn iſt von ihnen auch ſchon bisher häufig geredet worden (§ 116. a). Was aber außerdem noch bey den Verträgen von Wichtigkeit iſt, namentlich die Eintheilungen derſelben, und vorzüglich der Gegenſatz der contractus und pacta, bezieht ſich in der That nur auf die obligatoriſchen Verträge. Und ſo können wir uns an dieſer Stelle damit begnügen, dem Begriff des Vertrags ſeine wahre Ausdehnung vindicirt zu haben, ohne bey demſelben in allgemeiner Betrachtung länger zu verweilen.

Wollte man indeſſen die eingeräumte mindere Wichtigkeit des hier erhobenen Streites dazu benutzen, um den Streit ſelbſt für leer und überflüſſig auszugeben, ſo müßte ich dieſer Anſicht ſehr beſtimmt widerſprechen. Es haben ſich nämlich an die gerügte unvollſtändige Auffaſſung des Vertragsbegriffs manche Irrthümer angeknüpft, deren gänzliche Beſeitigung nicht unerheblich iſt. Wer den obligatoriſchen Vertrag für den einzigen überhaupt hält, und alſo die Vertragsnatur in der Tradition verkennt, kann dieſe nur ſehr einſeitig auffaſſen. Zwar wird er bey ihr die nothwendige Handlungsfähigkeit, den Einfluß von Zwang und Betrug, die Möglichkeit von Bedingungen u. ſ. f., wo dieſe gerade zur Sprache kommen, nicht völlig verneinen,

weil dieses widersinnig wäre; aber er wird bey ihr diese Momente nicht aus dem wahren Grund und nicht im rechten Zusammenhang anerkennen, und dadurch wird unvermeidlich die Einsicht in das Wesen eines Rechtsverhältnisses verkümmert. Eben so wird er die Ehe entweder gar nicht als Vertrag ansehen, und daraus wird ihm derselbe Nachtheil entstehen, welcher so eben bey der Tradition bemerkt worden ist; oder er wird genöthigt seyn, sie unter die obligatorischen Verträge aufzunehmen, wie man sie denn in der That als einen neuen, von den Römern seltsamerweise nicht beachteten, Consensualcontract neben den Kauf und die Societät zu stellen versucht hat (c). Dadurch aber wird das Wesen der Ehe im höchsten Grad entstellt, ja herabgewürdigt. Die hier, im Widerstreit mit der herrschenden Ansicht, aufgestellte Behauptung geht also keinesweges blos auf die Berichtigung eines Sprachgebrauchs; denn daß die Römer die Ausdrücke Pactio, Pactum und Conventio, von anderen als den obligatorischen Verträgen wirklich gebraucht haben, wird von mir gar nicht behauptet, und der Umfang, in welchem man unsren Deutschen Kunstausdruck gebrauchen will, ist an sich nicht von Erheblichkeit. Wichtig aber ist es, daß das Gemeinsame, wodurch die Ehe, die Tradition u. s. w. mit den obligatorischen Verträgen verwandt sind, bestimmt aner-

(c) Langsdorf de pactis et contractibus Romanorum, Mannhemii 1777. 4. § 73. Er sieht freylich die Ehe nicht als einen besonderen Consensualcontract an, sondern geradezu als eine Art der Societät.

kannt und in einzelnen Anwendungen durchgeführt werde; will man aber dieſes Gemeinſame anerkennen, ſo iſt zur Bezeichnung deſſelben unſer deutſcher Kunſtausdruck ſo geſchickt und bequem, daß es unnatürlich wäre den Vortheil zu verſäumen, den uns der Beſitz eines paſſenden Ausdrucks für einen wichtigen Rechtsbegriff darbietet. Und das iſt es, was ich durch die gegenwärtige Unterſuchung über den Begriff des Vertrags zur allgemeinen Überzeugung bringen möchte.

Die hier an unſren juriſtiſchen Schriftſtellern gerügte einſeitige Auffaſſung der Verträge iſt auch bey den Naturrechtslehrern nicht ohne Einfluß geblieben. Kant (d) beſtimmt ſogar den Begriff noch weit enger, als es unſre Juriſten zu thun pflegen. Ihm iſt Vertrag nur diejenige vereinigte Willkühr zweyer Perſonen, wodurch Eigenthum veräußert (S. 98), oder eigentlich dieſe Veräußerung vorbereitet wird, da ihre Vollendung doch erſt in der Tradition ſtattfindet (S. 103). Eigenthum aber nimmt er in demſelben Sinn wie die Römer, nämlich für die Herrſchaft über eine beſtimmte Sache (S. 95. 96). Unter ſeinen Begriff fallen alſo nicht einmal alle obligatoriſche Verträge, z. B. nicht die welche auf Dienſt oder Arbeit gehen, ſondern nur die worin eine Tradition verſprochen wird, wie Kauf oder Tauſch. Dennoch behandelt er ſogar die Ehe als Vertrag, und zwar indem er eine Art von Eigenthum

(d) Kant Metaphyſiſche Anfangsgründe der Rechtslehre Königsberg 1797. — Vgl. hierüber oben § 54.

jedes Ehegatten an der Person des anderen (ein auf dingliche Art persönliches Recht) annimmt, welches dann wieder nur durch das Zusammentreffen des Vertrags mit der Tradition (copula carnalis) wirklich erworben werden kann (S. 110. 111). Die Ehe ist ihm daher recht eigentlich ein obligatorischer Vertrag, und er erklärt sie ausdrücklich (S. 107) als „die Verbindung zweyer Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften." — Hegel (e) erklärt zwar wörtlich gleichfalls den Vertrag, so wie Kant, als gleichbedeutend mit der Veräußerung (§ 71—75); bey ihm aber ist diese enge Begränzung doch nur scheinbar, indem er auch die einzelne Thätigkeit der Person als Sache, das heißt als Gegenstand des Eigenthums und der Veräußerung, behandelt (§ 67. 80). In der That also nennt er Vertrag alles Dasjenige, was ich oben als den obligatorischen Vertrag bezeichnet habe. Weiter aber geht er auch nicht, vielmehr erklärt er sich bestimmt, und selbst in harten Ausdrücken, gegen die Behandlung der Ehe und des Staats als Vertrag (§ 75). Was den Staat betrifft, so ist im vorigen §. gleichfalls die Natur desselben als eines Vertrags verneint worden, und zwar deswegen, weil der Staat überhaupt nicht von individueller Willkühr ausgeht; dieses also ist von dem hier erhobenen Streit über den Vertragsbegriff unabhängig. Der harte Tadel gegen die Subsumtion der Ehe

(e) Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts Berlin 1833.

unter den Vertragsbegriff, die Hegel als Schändlichkeit bezeichnet (S. 116), bezieht ſich lediglich auf die oben dargeſtellte Lehre von Kant, alſo auf die Auffaſſung der Ehe als eines obligatoriſchen, und zwar wechſelſeitig auf den Beyſchlaf gerichteten, Vertrags. Allein was nöthigt uns, den in der Ehe liegenden Vertrag gerade ſo zu denken? Wenn der Geiſtliche die Verlobten fragt, ob ſie einander Liebe und Treue beweiſen wollen bis in den Tod, und ſie dieſe Frage bejahen, ſo hat ihre Erklärung nicht den Sinn eines Verſprechens beſtimmter Handlungen, noch der Unterwerfung unter den gerichtlichen Zwang, für den Fall daß dieſe Handlungen nicht geleiſtet würden; wohl aber hat ſie den Sinn, daß ſie ſich der von dem Chriſtenthum geforderten Geſtalt der Ehe bewußt ſind, und daß ſie den übereinſtimmenden Willen haben, in dieſer Weiſe ihr gemeinſames Leben zu führen. Weil von dieſer Willenserklärung die Anerkennung der Ehe als eines Rechtsverhältniſſes abhängt, nennen wir ſie mit gutem Grund einen Vertrag. Man ſage nicht, dieſe Auffaſſung ſey gezwungen, oder mit Willkühr hineingetragen. Sie iſt ſo ſehr die natürliche, daß Jeder, der ſich darüber unbefangen Rechenſchaft geben will, gerade darauf kommen wird; ſie iſt insbeſondere die in allen chriſtlichen Kirchen anerkannte, denn nur von dieſem Standpunkt aus erklärt es ſich, daß der Geiſtliche eine Handlung leitet und vermittelt, die zugleich einen kirchlichen und einen privatrechtlichen Character hat (f).

(f) Das, was ich hier, gegen Hegel ſtreitend, behaupte, iſt, wie

Der Grund, der uns bey dem Staat bestimmte, das Daseyn eines Vertrags zu verneinen, fällt bey der Ehe ganz hinweg. Bey dem Staat kann die Willkühr als Entstehungsgrund nicht für Wahrheit gelten, nur für eine Fiction; bey der Ehe ist es unzweifelhaft, daß es von der freyesten Willkühr jedes der beiden Gatten abhängt, diese Ehe zu schließen oder zu unterlassen.

oben gezeigt worden, für das im Einzelnen durchgeführte Rechtssystem nicht gleichgültig; im Zusammenhang der Lehre von Hegel ist es sehr unerheblich, ob man dem Ausdruck Vertrag eine engere oder weitere Bedeutung unterlegt, wie er denn auch in der angeführten Stelle nur wenige Worte daran wendet, die Vertragsnatur der Ehe abzuweisen. Worauf es ihm ankam, war der entschiedene Widerspruch gegen Kants Ansicht, worin ich ihm völlig beystimme. Mit seiner eigenen, nicht genug zu lobenden, Darstellung der Ehe (§ 161—164) ist die hier vertheidigte Auffassung derselben als eines wahren Vertrags völlig vereinbar. Sehr bestimmt und befriedigend ist die Vertragsnatur der Ehe dargestellt von Hasse, Güterrecht der Ehegatten § 31.

Beylage.

VIII.

Beylage VIII.

Irrthum und Unwiſſenheit.

(Zu § 115.)

Die wichtigſten Quellen dieſer Lehre finden ſich in den Titeln de juris et facti ignorantia in den Digeſten (XXII. 6) und im Codex (I. 18).

Folgende Schriftſteller ſind zu bemerken:

Cujacius observ. V. 39.

Cujacius recit. in Dig. XXII. 6, Opp. VII. 886—896.

Cujacius in Papin. quaest. XIX., ad L. 7 de j. et f. ignor., Opp. IV. 502.

Cujacius in Papin. definit. I. ad L. 8 eod., Opp. IV. 1429.

Donellus I. 18—23.

Glück B. 22 S. 262—374.

C. F. van Maanen de ignorantiae et erroris natura et effectibus Lugd. Bat. 1793.

Mühlenbruch doctr. Pand. I. §. 95. 96.

Mühlenbruch über juris und facti ignorantia, Archiv B. 2 S. 361—451.

I.

Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand läßt sich auf zweyerley Weise denken: entweder als bloße Bewußtlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweyten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bey unsren Juristen ist der zweyte gebräuchlicher, weil der Irrthum häufiger als die bloße Unwissenheit bey Rechtsverhältnissen in Betracht kommt (a).

Das Daseyn eines solchen mangelhaften Zustandes wird stets nach dem Bewußtseyn derjenigen Person beurtheilt, auf welche sich das Rechtsverhältniß zunächst und unmittelbar bezieht, ohne Rücksicht auf die, welche neben ihr ein Interesse, vielleicht selbst ein größeres, an jenem Verhältniß haben kann (b).

Man unterscheidet den Rechtsirrthum und den fac-

(a) Über die wesentliche Identität des Irrthums und der Unwissenheit vgl. das System § 115, und Donellus I. 19 § 5. — Eigentlich besteht also das allgemeinste Wesen des hier vorhandenen mangelhaften Seelenzustandes in der Unwissenheit, oder dem Mangel richtiger Erkenntniß, und davon ist der Irrthum nur eine besondere Modification, deren Eigenthümlichkeit aber juristisch gleichgültig ist.

(b) *L.* 5 *h. t.*, *L.* 3 *quis ordo* (38. 15.). Vgl. Cujacius opp. VII. 888 und in Africanum Tract. 8 ad L. 51 de aedil. ed. Heineccius ad L. Jul. p. 189. Glück B. 22 S. 306. Vgl. auch unten Num. XXI. Note w.

tiſchen Irrthum. Der Rechtsirrthum hat zum Gegenſtand den Inhalt einer Rechtsregel, alſo das objective Recht (c); der factiſche Irrthum bezieht ſich auf die juriſtiſchen Thatſachen, das heißt auf die thatſächlichen Bedingungen der Anwendung einer Rechtsregel. — Von beiden läßt ſich noch derjenige Irrthum unterſcheiden, welcher in der unrichtigen Subſumtion der Thatſachen unter die Rechtsregel enthalten iſt; da jedoch unſre Rechtsquellen nur jene beiden Arten des Irrthums anerkennen, ſo muß beſtimmt werden, welcher derſelben dieſer dritte Fall hinzu zu rechnen iſt. Sehen wir nun auf deſſen innere Natur, ſo müſſen wir ihn als factiſchen Irrthum anerkennen. Denn die Rechtsregel iſt als das Feſte, unabänderlich Gegebene anzuſehen; unſere Aufgabe iſt es, die einzelnen Elemente der Thatſachen, theils durch Zergliederung, theils durch Verbindung, dergeſtalt zu einem Ganzen zu bilden, daß die feſte Rechtsregel auf daſſelbe anwendbar erſcheine. Wir mögen nun in der unmittelbaren Auffaſſung des Geſchehenen ſelbſt irren, oder in dieſer Ausbildung deſſelben durch unſer Denken, ſo iſt es doch immer die Erkenntniß der Thatſachen, worüber wir irren, mithin der Irrthum ſelbſt ein factiſcher. So iſt es alſo

(c) Beyſpiele des Rechtsirrthums ſind zuſammengeſtellt in *L.* 1 *pr.* §1—4 *h. t.* — Verſchieden von dem jus ignorare iſt das jus *suum* (oder de jure *suo*) ignorare, das heißt der Irrthum über den eigenen perſönlichen Rechtszuſtand; denn dieſer wird gerade gewöhnlich auf factiſchen Irrthümern beruhen, obgleich er allerdings auch mit Rechtsirrthum zuſammenhängen kann. Vergl. über dieſen Ausdruck *L.* 3 *pr. h. t.* und *L.* 2 § 7 *de j. fisci* (49. 14.).

aus dem inneren Weſen der Subſumtion der Thatſachen unter die Rechtsregel erwieſen, daß der auf ſie bezügliche Irrthum als ein factiſcher, nicht als ein Rechtsirrthum, betrachtet werden muß. Weiter unten wird dieſe Behauptung von der praktiſchen Seite her ihre Beſtätigung finden (Num. V.).

II.

Der juriſtiſche Einfluß des Irrthums ſteht in Verbindung mit den juriſtiſchen Thatſachen, oder den Gründen der Entſtehung und des Untergangs der Rechtsverhältniſſe. Wenn nämlich dieſe Thatſachen in freyen Handlungen oder Unterlaſſungen beſtehen (a), und wenn auf jene oder dieſe irgend ein Irrthum Einfluß gehabt hat, ſo fragt es ſich, ob etwa dieſer Irrthum die regelmäßige Wirkung jener Thatſachen ſtöre, ſo daß nun die Entſtehung oder der Untergang des Rechtsverhältniſſes entweder ganz unterbliebe, oder doch auf andere als die gewöhnliche Weiſe einträte. Ja es ließe ſich denken, daß der Irrthum die Wirkung der Thatſachen nicht blos ausſchlöſſe oder verminderte, ſondern in anderen Fällen ſogar verſtärkte, indem Dasjenige, was außerdem ein Hinderniß des Rechtsverhältniſſes ſeyn würde, um des Irrthums willen dieſe hindernde Kraft nicht äußern könnte. Alle dieſe Verſchiedenheiten laſſen ſich unter den gemeinſamen Geſichtspunkt bringen, daß durch den Irrthum die regel-

(a) Vergl. das Syſtem § 104. Num. I. III.

mäßige Wirkſamkeit juriſtiſcher Thatſachen ausnahmsweiſe modificirt werden kann.

Eine ſolche Einwirkung des Irrthums kommt in der That vor, und zwar auf zweyerley Weiſe. Nicht ſelten wird dadurch die Rechtsregel ſelbſt beſtimmt, ſo daß das Daſeyn eines richtigen Bewußtſeyns unter die Bedingungen der Rechtsänderung unmittelbar aufgenommen wird, und alſo der Fall des Irrthums von der Anwendung der Regel ausdrücklich ausgeſchloſſen iſt (b). In anderen Fällen dagegen kommt das richtige Bewußtſeyn als Bedingung der Rechtsänderung nicht vor, es iſt alſo nicht ſchon unmittelbar Beſtandtheil der Rechtsregel ſelbſt; allein es iſt anderwärts anerkannt, daß der Irrthum die gewöhnliche Anwendung der Regel modificiren, daß er eine Aus-

(b) So z. B. ſagte das Edict: „Quae *dolo malo* facta esse dicentur .. judicium dabo." *L.* 1 § 1 *de dolo* (4. 3.). Der Begriff des dolus begreift Bewußtſeyn und Abſicht in ſich, ſchließt alſo den Fall des Irrthums von ſelbſt aus. — Die Formel der Erbeinſetzung cum cretione war dieſe: „cernitoque in centum diebus „proxumis, quibus *scies* pote„risque." (Gajus II. § 165). Sehr wahrſcheinlich ſprach eben ſo das Edict, indem es für die agnitio der B. P. eine Zeit von 100 Tagen oder einem Jahr vorſchrieb. (*L.* 1 § 1 *h. t.*, *L.* 10 *de B. P.* 37. 1.). Der Richter alſo, der den Verluſt der B. P. ohne Rückſicht auf Unwiſſenheit ausſprechen wollte, würde ſchon den bloßen Buchſtaben der Rechtsregel eben ſo willkührlich verletzen, wie wenn er 80 Tage anſtatt 100 als hinreichend für dieſen Verluſt annähme. — Eben ſo iſt die Infamie Demjenigen gedroht, der eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs wiſſentlich heurathet („sciens .. uxorem duxerit" *L.* 1 *de his qui not.* 3. 2.). Dadurch iſt alſo der Fall einer aus Irrthum über jene Thatſache geſchloſſenen Ehe ſchon wörtlich ausgeſchloſſen. — Am häufigſten iſt in eigentlichen Strafgeſetzen die Formel sciens dolo malo. Vergl. Rudorff Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft B. 9 S. 396.

nahme herbeyführen, oder als Grund einer Entschuldigung dienen soll. — Für die Theorie und für die Anwendung bedürfen eigentlich nur die Fälle der zweyten Art einer besonderen Untersuchung und Feststellung, indem die der ersten Art schon durch sich selbst hinreichende Begründung haben. Der vollständigeren Übersicht wegen ist es jedoch räthlich, beide Arten von Fällen zusammen zu fassen.

Um diese Einwirkungen des Irrthums auf die Rechtsverhältnisse hervorzubringen, werden, je nach Verschiedenheit der Fälle, folgende verschiedene Rechtsformen angewendet.

1) Oft wirkt der Irrthum geradezu, das heißt so daß nun die ohne denselben eintretende Rechtsveränderung schlechthin unterbleibt. Dieses geschieht in allen Fällen der oben angegebenen ersten Art, in welchen das richtige Bewußtseyn ein ausgesprochener Bestandtheil der Rechtsregel selbst war, welches in den beyspielsweise angegebenen Fällen (Note b) von selbst einleuchtet. — Es geschieht aber zuweilen auch in Fällen der zweyten Art, obgleich es hier die seltnere Rechtsform ist (c).

2) In anderen Fällen wirkt der Irrthum nicht schon

(c) Wer einem filiusfamilias, den er aus guten Gründen für unabhängig hält, ein Gelddarlehen giebt, ist ganz frey von der exceptio Sc. Maced., obgleich das wissentliche Geben im Senatusconsult selbst nicht erwähnt wird. *L.* 3 *pr. ad Sc. Maced.* (14. 6.), verglichen mit *L.* 1 *pr. eod.* — Eben so gilt als nicht geschehen der Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Erbe über Daseyn oder Art der Delation im Irrthum ist. *L.* 15. 16. 19. 22. 23. 32. 33. 34 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.).

an ſich ſelbſt oder unmittelbar, wohl aber vermittelſt eines beſondern, und zwar ordentlichen, Rechtsmittels. Dahin gehören mehrere Condictionen, und eben ſo die Klagen aus dem Edict der Ädilen. Auch wird die doli exceptio zu dieſem Zweck angewendet (d).

3) Endlich giebt es auch noch andere Fälle, in welchen der Irrthum weder unmittelbar, noch in Kraft eines ordentlichen Rechtsmittels auf das Rechtsverhältniß einwirkt, ſondern nur vermittelſt einer außerordentlicherweiſe durchgreifenden richterlichen Verfügung, das heißt einer Reſtitution. Das Daſeyn einer ſolchen, auf Irrthum gegründeten, Reſtitution hat im Allgemeinen keinen Zweifel (e), aber die Gränzen der Anwendung ſind ſehr beſtritten. Manche haben dieſer Reſtitution, und dadurch der Wirkſamkeit des Irrthums überhaupt, eine ungebührliche Ausdehnung gegeben; Andere haben ſie allzuſehr eingeſchränkt. Das Genauere darüber kann erſt im Einzelnen feſtgeſtellt werden; an dieſer Stelle mag eine vorläufige Überſicht genügen. Die häufigſte Anwendung hat dieſe Reſtitution bey unvorſichtigen Handlungen und Unterlaſſungen im Prozeß; außerdem kommt ſie vor zum Schutz Desjenigen, der ſich mit einem falsus tutor eingelaſſen hat (f): in manchen Fällen der Klagverjährung: gegen

(d) So z. B. wenn ein Legat aus einem irrigen Beweggrund gegeben wird. *L.* 72 § 6 *de cond.* (35. 1.).

(e) Paulus I. 7 § 2. „Integri restitutionem Praetor tribuit ex his causis, quae per ... *justum errorem* .. gesta esse dicuntur." *L.* 2 *de in int. rest.* (4. 1.). „Sive per status mutationem, aut *justum errorem.*"

(f) *L.* 1 § 6 *quod falso* (26.

eine von den Erbschaftsglaubigern unvorsichtigerweise bewirkte Separation: bey den Erben, die aus Nachlässigkeit die Mörder des Erblassers zu verfolgen unterlassen: endlich in mehreren Fällen zum Vortheil einiger besonders begünstigten Klassen von Personen (Num. XXX—XXXIII.) (g).

III.

Ehe die einzelnen Fälle zusammengestellt werden, worin der Irrthum wirkt oder nicht wirkt, muß der Versuch gemacht werden, irgend ein allgemeineres Princip für diese Wirksamkeit aufzufinden. Hier tritt uns nun sogleich in vielen Stellen die Regel entgegen, nach welcher zwischen dem factischen und Rechtsirrthum ein Unterschied gelten soll. Bald werden beide Fälle geradezu, als praktisch verschieden, neben einander gestellt (a); bald wird von dem

7.). So viel wir wissen, war dieses der einzige, im Edict namentlich erwähnte, Fall einer Restitution wegen Irrthums. Andere Fälle wurden aus der clausula generalis abgeleitet.

(g) Im Ganzen ist diese Begränzung der Restitution wegen Irrthums übereinstimmend mit Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §21 und §12 S. 184. Nur hält dieser noch daneben für zulässig alle Fälle, welche sich auf die bekannten Regeln von damnum und lucrum zurückführen lassen (S. 385). Davon wird weiter unten (Num. VIII.) die Rede seyn. Ich nehme keine Restitution wegen Irrthums an, außer den in unsren Rechtsquellen namentlich erwähnten Fällen.

(a) *L.* 2 *h. t.* „In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet" ... *L.* 9 *pr. h. t.* „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere" ... *L.* 9 § 5 *h. t.* „.. sciant, ignorantiam facti, non juris, prodesse" ... *L.* 8 *h. t.*, *L.* 29 § 1 *mandati* (17. 1.), *L.* 11 § 4 *de his qui not.* (3. 2.), *C.* 13 *de reg. juris in* VI.

Rechtsirrthum beſonders angegeben, daß er dem Irrenden nicht nütze (b).

Fragen wir jedoch nach dem Grund dieſer verſchiedenen Behandlung, ſo werden wir dadurch ſogleich auf ein höheres Princip zurückgeführt, welches uns zugleich nöthigt, jene beiden Regeln ſehr zu beſchränken.

Der Grund nämlich der günſtigen Behandlung des factiſchen Irrthums wird darin geſetzt, daß es oft ſchwer, ja unmöglich ſey ihn zu vermeiden (c). Hieran knüpft ſich aber ſogleich die natürliche Beſchränkung, daß er Demjenigen nicht zu gut kommen ſoll, welcher ſich dabey in einer groben Nachläſſigkeit befindet (d). — Die Anwendung dieſer beſchränkenden Beſtimmung kann nur in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit gemacht werden. Im Allgemeinen wird angenommen, daß der Irrthum über eine eigene Handlung oder über den eigenen Rechtszuſtand unzuläſſig ſey, weil man darüber nicht ohne große Nachläſſigkeit irren könne (e). Doch darf dieſes nur als eine Vermuthung gelten, indem auch ein ſolcher Irrthum zuläſſig ſeyn kann, theils wegen der beſonderen Beſchaffenheit der irrenden Perſon (f), theils wegen der eigenthümlichen, den

(b) *L.* 7 *h. t.*, *L.* 11. 12 *C. h. t.*

(c) *L.* 2 *h. t.* „cum ... facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat."

(d) *L.* 3 § 1 *L.* 6 *L.* 9 §. 2 *h. t.*, *L.* 11 § 11 *de interrog.* (11. 1.), *L.* 3 *pr. ad Sc. Mac.* (14. 6.), *L.* 15 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 14 § 10 *L.* 55 *de aedil. ed.* (21. 1.), *L.* 3 § 7. 8 *L.* 4 *quod vi* (43. 24.).

(e) *L.* 3 *pr. h. t.*, *L.* 6. 7 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 5 § 1 *pro suo* (41. 10.), *L.* 42 *de R. J.* (50. 17.).

(f) *L.* 2 § 7 *de j. fisci* (49. 14.) „si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel

Irrthum entſchuldigenden, Umſtände des einzelnen Falles (g).

Auf gleiche Weiſe ſoll der Rechtsirrthum deswegen ungünſtiger beurtheilt werden, weil dabey den Irrenden ſtets der Vorwurf großer Nachläſſigkeit treffe (h); denn die Rechtsregel ſey klar und gewiß (i), und daher könne ein Jeder ſie entweder ſelbſt wiſſen, oder durch Erkundigung bey Rechtsverſtändigen leicht erfahren. Dieſer letzte Gedanke wird nun noch dahin näher ausgebildet, daß es allerdings Fälle gebe, worin dieſe Nachläſſigkeit, alſo auch die darauf gegründete ungünſtige Behandlung, wegfalle, aber dieſe Fälle ſeyen ſehr ſelten anzunehmen (k).

propter sexum femininum jus suum possit." Über die Bedeutung des jus suum vergl. oben Num. I. Note c.

(g) Ein ſolcher Fall wird erwähnt in *L.* 1 § 2 *h. t.* — Wenn nun in anderen Stellen der Irrthum über eigene Handlungen ohne Weiteres als zuläſſig behandelt wird, ſo ſind dabey ſtets ſolche beſondere entſchuldigende Umſtände vorauszuſetzen.' So in *L.* 22 *pr. L.* 32 § 1. 3 *de cond. indeb.* (12. 6.).

(h) Daß hierin Alles auf den Begriff der culpa zurück zu führen iſt, erhellt deutlich ſowohl aus den in Note d angeführten Stellen, als aus *L.* 29 § 1 *mandati* (17. 1.). Hier iſt nicht von der Zuläſſigkeit und den Wirkungen des Irrthums nach allgemeinen Rechtsregeln (wie in unſrer Unterſuchung) die Rede, ſondern im Verhältniß zu einem anderen Contrahenten, wo gewiß nur die culpa entſcheiden kann; und doch wird auch hier der Unterſchied zwiſchen dem factiſchen und Rechtsirrthum zum Grund gelegt. Vgl. auch Glossa in *L.* 11 § 4 *de his qui not.* (3. 2.) und Cujacius Opp. IV. p. 508.

(i) *L.* 2 *h. t.* „cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat."

(k) *L.* 10 *de Bon. Poss.* (37. 1.), *L.* 2 § 5 *quis ordo* (38. 15.), *L.* 9 § 3 *h. t.* „Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia:

In der That alſo laſſen ſich beide Regeln auf den gemeinſamen Grundſatz zurückführen, daß kein Irrthum, der auf großer Nachläſſigkeit beruht, dem Irrenden zu gut kommen ſoll, oder, was die Sache von anderer Seite her ausdrückt, daß nur derjenige Irrthum geltend gemacht werden darf, den man justus oder probabilis error, justa ignorantia, nennen kann (l). Dieſer gemeinſame Grundſatz aber erſcheint in der Anwendung verſchieden, indem die Nachläſſigkeit bey dem factiſchen Irrthum als eine beſondere Thatſache erwieſen werden muß, anſtatt daß ſie ſich bey dem Rechtsirrthum von ſelbſt verſteht, und nur durch den Beweis ungewöhnlicher Umſtände widerlegt werden kann. Beide Arten des Irrthums ſtehen alſo nicht unter einer verſchiedenen Rechtsregel, ſondern die Beweis-

quod raro accipiendum est." Dieſe letzten Worte könnten an ſich eine dreyfache Bedeutung haben. Erſtlich: nur ſelten könne Jemand den Rechtsirrthum vermeiden; dieſes aber würde augenſcheinlich falſch ſeyn, auch mit den übrigen Stellen völlig im Widerſpruch ſtehen. Zweytens: die Meynung des Labeo ſey nur ſelten als wahr anzunehmen. Einfacher und natürlicher iſt aber die dritte Erklärung, nach welcher Paulus nicht die Meynung des Labeo beſtreitet, ſondern ihre Anwendbarkeit näher beſtimmt. Denn eigentlich liegt in der Behauptung des Labeo der umgekehrte poſitive Satz, daß ſelbſt der Rechtsirrthum zuläſſig ſey, da wo er nicht einmal durch Erkundigung vermieden werden könne. Dieſen Satz nun will Paulus nicht beſtreiten, er bemerkt nur, daß der darin vorausgeſetzte Fall nur ſelten angenommen werden könne, der Satz ſelbſt alſo von keiner erheblichen Anwendung ſey.

(l) Über dieſen letzten Ausdruck vgl. *L.* 11 § 10 *de interrog.* (11. 1.), *L.* 42 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 25 *pr. de prob.* (22. 3.), ferner die in Num. II. Note e abgedruckten Stellen, und (was den probabilis error betrifft) *L.* 5 § 1 *pro suo* (41. 10.). — Das hier aufgeſtellte Princip wird im Allgemeinen auch anerkannt von Mühlenbruch Archiv B. 2 S. 383.

laſt iſt für beide Arten verſchieden. Ja man kann noch einen Schritt weiter gehen, und behaupten, daß bey dem Rechtsirrthum nicht blos die Schuldloſigkeit, ſondern ſelbſt das Daſeyn des Irrthums, ſchwerer und ſeltner, als bey dem factiſchen, anzunehmen iſt; und dieſer letzte Gegenſatz iſt beſonders wichtig, da überhaupt der Irrthum, als eine innere Thatſache, durch gewöhnliche Beweismittel nur ſelten zur vollen Gewißheit gebracht werden wird.

IV.

Die bereits angedeutete Beſchränkung einer ungünſtigen Behandlung des Rechtsirrthums ſoll jetzt genauer ausgeführt werden. Zu einer ſolchen findet ſich Veranlaſſung ſchon nach dem Römiſchen Recht, noch mehr aber nach dem heutigen. Es wird nämlich bey jener ungünſtigen Behandlung als Gegenſtand des Irrthums eine ſolche Rechtsregel vorausgeſetzt, die als gewiß allgemein anerkannt iſt. Denn nur bey einer ſolchen kann man dem Irrenden eine große Nachläſſigkeit vorwerfen, auch ſind die zahlreichen, in unſren Rechtsquellen vorkommenden, Beyſpiele insgeſammt von Regeln eines ſolchen Characters hergenommen (a). Daher würde denn eine ſolche Behandlung in folgenden zwey Fällen nicht eintreten dürfen. Erſtens bey controverſen Rechtsſätzen. Wenn z. B. ein Satz

(a) *L.* 1 § 1—4 *h. t.*, *L.* 25 § 6 *de her. pet.* (5. 3.), *L.* 10 *de Bon. Poss.* (37. 1.), *L.* 31 *pr. de usurp.* (41. 3.), *L.* 2 § 15 *pro emt.* (41. 4.).

unter den beiden Schulen der Römiſchen Juriſten ſtreitig war, ſo konnte der Richter, welcher die Meynung einer Partey für einen Rechtsirrthum hielt, ihr nicht einen nachläſſigen Mangel der Erkundigung bey Rechtsverſtändigen vorwerfen, da ja auch die diversae scholae auctores Rechtsverſtändige waren. Zweytens bey Sätzen des particulären Rechts, da deſſen Kenntniß oft weit weniger verbreitet und zugänglich iſt, als die des allgemeinen; vorzüglich wird dieſe Schwierigkeit anerkannt werden müſſen, wenn das örtlich beſchränkte Recht ein Gewohnheitsrecht iſt, welches meiſt ſchwerer kennen zu lernen ſeyn wird, als das Daſeyn eines Geſetzes (b). Die Anerkennung dieſer beiden Fälle aber muß uns dahin führen, in dem heutigen Recht den Rechtsirrthum überhaupt milder zu behandeln, als er nach den Ausſprüchen der Römiſchen Juriſten behandelt werden ſollte. Denn der Umfang des controverſen Rechts iſt in unſrem gelehrten und verwickelten Rechtszuſtand ungleich größer, als er den Römern erſcheinen konnte. Eben ſo aber nimmt auch das particuläre Recht bey uns eine ohne Vergleich wichtigere Stelle ein, als bey den Römern; in Beziehung auf dieſes wird daher auch die Schuldloſigkeit des Rechtsirrthums in einer merkwürdigen Stelle des canoniſchen Rechts

(b) Gegen dieſe Berückſichtigung des Unterſchieds zwiſchen Geſetz und Gewohnheitsrecht, in Beurtheilung des Rechtsirrthums, iſt Nichts einzuwenden. Dagegen iſt es ganz verwerflich, wenn Manche den Irrthum über ein Gewohnheitsrecht gar nicht als Rechtsirrthum, ſondern als factiſchen, anſehen wollen. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 217—220.

ausdrücklich anerkannt (c). Indem wir also hier eine mildere Behandlung des Rechtsirrthums für die heutige Zeit in Anspruch nehmen, so liegt darin keineswegs eine willkührliche Abweichung von den Grundsätzen des Römischen Rechts, die wir vielmehr ganz in ihrem Sinn auf die veränderten Umstände anwenden wollen. So verwandelt sich von selbst der eine bloße Thatsache ausdrückende Satz des Paulus: quod raro accipiendum est (Num. III. k) in den etwas veränderten Satz: quod minus raro hodie accipiendum est.

V.

Aus der hier entwickelten Natur des Rechtsirrthums folgt nun zugleich die schon oben (Num. I.) angekündigte praktische Bestätigung des Satzes, daß der Irrthum über die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel zu den Fällen des factischen, nicht des Rechtsirrthums, zu rechnen ist. Die Subsumtion nämlich ist in einfachen Fällen so leicht, daß in derselben ein Irrthum kaum vorkommen kann. Sobald aber ein Rechtsfall in verwickelter Gestalt erscheint, wird oft die Subsumtion so schwierig seyn, daß selbst Diejenigen, die über die einschlagenden Rechtsregeln ganz einig und im Klaren sind, dennoch den

(c) *C.* 1 *de constitut. in* VI. (1. 2.). „Romanus pontifex ... locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare." Was hier dem Pabst nachgesehen wird, muß doch wohl jeder andern Person nicht weniger zugestanden werden.

Fall ſelbſt auf ganz entgegengeſetzte Weiſe beurtheilen werden. Dann aber wäre es doch die höchſte Willkühr und Ungerechtigkeit, wenn wir Demjenigen, deſſen Subſumtion wir verwerfen, nicht nur Unrecht geben, ſondern auch große Nachläſſigkeit vorwerfen wollten, indem er durch Erkundigung die Wahrheit leicht hätte erfahren können. Ein Beyſpiel mag dieſes anſchaulich machen. Der berühmten L. Frater a Fratre (*L.* 38 *de cond. indebiti*) liegt ein ſo verwickelter Rechtsfall zum Grund, daß ſehr namhafte Juriſten, lediglich durch verſchiedene Subſumtion, auf ganz entgegengeſetzte Erklärungen gerathen ſind. Wollten wir nun Demjenigen, der unter Vorausſetzung einer irrigen Erklärung dieſer Stelle ein Rechtsgeſchäft vorgenommen hätte, eine unverzeihliche Nachläſſigkeit vorwerfen, und deshalb den Schutz entziehen, worauf er außerdem, des Irrthums wegen, Anſpruch haben dürfte? Die Römer urtheilten nicht alſo. Denn obgleich ſie überhaupt den Rechtsirrthum ſehr ſtreng behandeln, und namentlich als Grund der condictio indebiti nicht gelten laſſen, ſo geſtattet doch Africanus in dem Fall dieſer Stelle die Condiction unbedenklich: offenbar von der Anſicht ausgehend, daß der Irrthum des an ſeinen Bruder zahlenden Schuldners, der ſich in das verwickelte Rechtsverhältniß nicht hatte finden können, ganz anderer Natur ſey, als der Irrthum über eine leicht faßliche, überall zu erfragende Rechtsregel (a).

(a) Mühlenbruch S. 423 nimmt freylich in dieſer Stelle

Die hier aufgeſtellten Regeln gelten übrigens nur da, wo der Irrthum lediglich als ſolcher in Betracht kommt. Tritt alſo zu dem Irrthum des Einen der Betrug des Andern hinzu, ſo kommt lediglich die Regel des Betrugs, nicht die des Irrthums, zur Anwendung. Dann alſo erſcheint die in dem Irrthum vielleicht enthaltene Nachläſſigkeit als ganz gleichgültig, und eben deshalb auch die beſondere Natur des Rechtsirrthums. Es iſt daher ganz einerley, ob durch den Betrug ein factiſcher, oder ein Rechtsirrthum in dem Betrogenen erzeugt worden iſt.

VI.

Obgleich wir nun die beſonderen Regeln für den factiſchen und den Rechtsirrthum auf eine gemeinſame Regel zurückführen konnten, ſo müſſen wir dennoch anerkennen, daß damit ein poſitives Princip für die Lehre vom Irrthum keinesweges aufgefunden iſt: ein poſitives Princip nämlich in dem Sinn, daß daraus die Wirkſamkeit des Irrthums für jeden einzelnen Fall erkannt werden könnte. Wer z. B. eine Sache zu theuer bezahlt oder zu wohlfeil verkauft, weil er über ihren wahren Werth im Irrthum iſt, wird gegen dieſen Nachtheil nicht geſchützt, ohne Unterſchied des factiſchen oder des Rechtsirrthums, des ſchuldloſen oder nachläſſigen. Dagegen kann die irrige Zahlung einer Nichtſchuld allerdings zurück gefordert werden, vor-

die Vorausſetzung eines Rechtsirrthums an, und gebraucht ſie als Beweis, daß dieſer bey der condictio indebiti nicht ſchade.

ausgeſetzt daß ein factiſcher Irrthum zum Grunde liegt. Dieſen Unterſchied alſo, und ſomit überhaupt die Wirkſamkeit des Irrthums, erkennen wir aus jener Regel nicht. Vielmehr hat dieſelbe die blos negative Bedeutung, daß in den Fällen, die an ſich für die Wirkſamkeit des Irrthums wohl geeignet ſind, dieſe Wirkſamkeit dennoch wegfällt, ſobald dem Irrthum eine große Nachläſſigkeit zum Grunde liegt, in der Regel alſo wenn derſelbe ein Rechtsirrthum iſt. Finden wir alſo nicht etwa anderwärts ein poſitives Princip, ſo werden wir genöthigt ſeyn, von folgender Anſicht auszugehen. Der Irrthum im Allgemeinen wirkt an und für ſich gar nicht, ſchützt alſo auch nicht gegen den dadurch entſtandenen Nachtheil. Für viele einzelne juriſtiſche Thatſachen iſt ihm allerdings eine Einwirkung mitgetheilt, und dieſe muß für jede derſelben beſonders begründet werden. Allein auch bey dieſen fällt die Einwirkung hinweg, wenn der Irrthum auf einer großen Nachläſſigkeit beruht, welches in der Regel bey dem Rechtsirrthum anzunehmen iſt, bey dem factiſchen aber ſtets beſonders erwieſen werden muß.

Wir haben alſo nun die verſchiedenen Klaſſen juriſtiſcher Thatſachen, in Beziehung auf die Wirkſamkeit des Irrthums, einzeln zu unterſuchen. Da jedoch in den Quellen des Römiſchen Rechts zwey ſcheinbare poſitive Principien erwähnt werden, ſo iſt zur Rechtfertigung des vorgezeichneten Verfahrens zuvor die Prüfung dieſer Principien nöthig.

VII.

In folgenden Stellen ſcheint das durchgreifende Princip ausgeſprochen, daß der aus Irrthum entſprungene Wille gar kein Wille ſey, alſo auch nicht als Wille wirke.

„.. cum non consentiant qui errent. Quid enim tam „contrarium consensui est quam error qui imperitiam „detegit?"

L. 15 *de jurisd.* (2. 1.).

„error enim litigatorum non habet consensum."

L. 2. *pr. de jud.* (5. 1.).

„nulla enim voluntas errantis est."

L. 20 *de aqua pluv.* (39. 3.).

„Non videntur, qui errant, consentire."

L. 116 § 2 *de R. J.* (50. 17.).

„cum errantis voluntas nulla sit."

L. 8 *C. h. t.*

„cum nullus sit errantis consensus."

L. 9 *C. h. t.*

Wäre dieſer Satz richtig, ſo würde er von der äußerſten Wichtigkeit ſeyn, und wir hätten dann in ihm das durchgreifendſte poſitive Princip für die Wirkſamkeit des Irrthums gefunden. Aber Nichts iſt auch gewiſſer, als daß derſelbe verworfen werden muß. Der entſcheidendſte Beweis dafür liegt in der ganzen, vom Römiſchen Recht ſo ſorgfältig ausgebildeten, Lehre vom dolus. Wäre der Irrthum ſchon an ſich hinreichend, die Annahme irgend

eines Willens, alſo auch aller Folgen deſſelben, völlig auszuſchließen, ſo würde z. B. jeder durch Irrthum veranlaßte Vertrag nichtig ſeyn. Dann wäre alſo auch die Entſtehung des Irrthums durch den Betrug des Gegners ganz gleichgültig. Das Römiſche Recht aber behandelt gerade dieſe Entſtehung als höchſt wichtig, und ſieht ſie als ganz entſcheidend an. Ja ſelbſt im Fall dieſer Entſtehung behandelt es den Vertrag nicht als nichtig, ſondern es ſucht ihn auf indirectem Wege (durch doli exceptio) zu entkräften. Dieſes Alles iſt augenſcheinlich nur denkbar unter der ſicheren Vorausſetzung, daß der Irrthum an ſich das Daſeyn des Willens und deſſen Folgen nicht ausſchließt, daß alſo der durch bloßen Irrthum veranlaßte Vertrag ein vollgültiger, unanfechtbarer Vertrag iſt.

Der in den mitgetheilten Stellen enthaltene ſcheinbare Widerſpruch verſchwindet, wenn man dieſelben nicht in dieſer willkührlichen Abſonderung, worin allein der trügeriſche Schein derſelben, als durchgreifender Rechtsregeln, enthalten iſt, betrachtet, ſondern im Zuſammenhang mit ihrer ganzen Umgebung und mit anderen verwandten Stellen. Jede derſelben will alſo nur ſagen, daß in einem gegebenen Fall, unter den beſonderen Bedingungen deſſelben, die in Verbindung mit einem Irrthum vorgenommene Handlung keine Wirkung habe. Es wird im Verfolg unſrer Unterſuchung gezeigt werden, welches die beſonderen Bedingungen dieſer Fälle ſind. Hier war es genug, vor-

läufig zu zeigen, daß jene Stellen ein poſitives Princip für die Lehre vom Irrthum überhaupt nicht enthalten können.

VIII.

Weit allgemeinere Anerkennung hat bey neueren Schriftſtellern folgendes poſitive Princip gefunden: der factiſche Irrthum helfe ohne Unterſchied, der Irrende möge ſich bereichern, oder nur Schaden von ſich abwenden wollen; der Rechtsirrthum dagegen helfe nur in dem letzten dieſer beiden Fälle, nicht in dem erſten. Dieſes Princip ſcheint in zwey Stellen vollſtändig enthalten zu ſeyn, welche merkwürdigerweiſe beide von Papinian herrühren.

L. 7 *h. t.* „Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet."

L. 8 *h. t.* „Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet."

Ein Stück dieſes Princips kommt auch noch in folgender Stelle vor, die ohne Zweifel auf jene Ausſprüche des Papinian gegründet iſt:

L. 11 *C. h. t.* „Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat" ...

Verſucht man aber, dieſes ſcheinbare Princip in der Anwendung durchzuführen, ſo zeigt es ſich bald durch den Widerſpruch mit den unzweifelhafteſten einzelnen Entſcheidungen, bald durch ſeine Unbeſtimmtheit, ganz unbrauchbar. Die erſte dieſer Behauptungen, die ihrer Natur nach die

entſcheidendſte ſeyn muß, kann erſt durch die ganze folgende Unterſuchung des Irrthums in einzelnen Rechtsverhältniſſen ihre volle Begründung erhalten. Zwei Betrachtungen aber können ihr ſchon vorläufig Zuſtimmung verſchaffen. Die in unſren Rechtsquellen anerkannte Grundanſicht war die, daß ein verſchuldeter Irrthum niemals helfe, und daß der Rechtsirrthum, mit Ausnahme ſeltener Fälle, ein verſchuldeter ſey (Num. III.). Damit aber ſteht es in offenbarem Widerſpruch, wenn der Rechtsirrthum ſtets dazu helfen ſoll, poſitiven Schaden abzuwenden. Ferner iſt einer der wichtigſten Fälle des Irrthums im täglichen Verkehr der, wenn Jemand aus Unkunde des wahren Werthes einer Sache zu Schaden kommt, z. B. wenn er zu theuer kauft oder miethet, zu wohlfeil verkauft oder vermiethet. Das iſt ſtets ein factiſcher Irrthum, der alſo nach dem hier vorliegenden Princip den Schaden abwenden müßte. Aber gerade über dieſen wichtigen und häufigen Fall ſind ſo ziemlich Alle einig, daß der Irrthum keine Hülfe gewähre.

Unſere Rechtslehrer haben dieſen Mängeln durch höchſt ſubtile Unterſcheidungen abzuhelfen verſucht. So z. B. bezeichnen die Römiſchen Juriſten die Zuläſſigkeit des Irrthums, oder die günſtige Behandlung des Irrenden, abwechslend durch prodest, non obest, non nocet, permissum est, subvenitur: die entgegengeſetzte Unzuläſſigkeit eben ſo durch non prodest, obest, nocet, detrimento est (a); jeder

(a) *L.* 7. 8 *h. t.*, verglichen mit *L.* 9 *pr.* § 3 *h. t.*, worin die Ausdrücke ganz zufällig und willkührlich abwechslen.

dieſer Ausdrücke nun ſoll nach manchen Neueren eine ſubtile Eigenthümlichkeit des Erfolgs bezeichnen (b). Eben ſo kommt einmal der beſondere Ausdruck vor: in damnis *amittendae rei suae* (L. 8 h. t.); dieſer wird benutzt, um darauf einen, die ganze Lehre beherrſchenden, Gegenſatz von damnum rei *amittendae* und *amissae* zu gründen (c). Ein ſo willkührliches, unkritiſches Verfahren in der Auslegung würde höchſtens durch ſehr klare und einfache Reſultate einige Wahrſcheinlichkeit gewinnen können; allein auch daran fehlt es bey jenen Schriftſtellern gänzlich. Es iſt daher am Gerathenſten, ein Princip ganz aufzugeben, welches doch nur durch die willkührlichſten Deutungen und Einſchränkungen ſein Scheindaſeyn friſten kann, alſo eine ganz unnütze Verwicklung in eine Lehre bringt, die in der Anwendung auf einzelne Rechtsinſtitute meiſt klar und gewiß erſcheint (d). Wir widerſprechen alſo nicht etwa durch dieſes Verfahren unſren Rechtsquellen, ſondern wir halten uns nur an deren ſichere Entſcheidungen im Einzelnen, und behandeln die oben mitgetheilten Stellen als einen nicht gelungenen Verſuch zur Aufſtellung eines allgemeinen Princips. Dieſer Tadel aber trifft nicht Papinian, ſon-

(b) Cujacius obs. V. 39, und Opp. VII. p. 890.

(c) Donellus I. 21 § 14—20, I. 22 § 1. 2.

(d) Im Allgemeinen ſtimmt dieſe Anſicht überein mit Mühlenbruch S. 413—416, der nur darin nicht conſequent verfährt, daß er einen Theil jener im Allgemeinen auch von ihm aufgegebenen Regel zu retten verſucht, nämlich die Unzuläſſigkeit des Rechtsirrthums im Fall des lucrum. Allein eine ſolche Theilung läßt ſich eben ſo wenig durchführen, als das ganze Princip.

dern die Compilatoren. Hätten wir jene Stellen in ihrem urſprünglichen Zuſammenhang vor uns, ſo würde ohne Zweifel aus ihrer Umgebung klar werden, in welcher beſchränkten Beziehung Papinian jene Sätze aufſtellen wollte (e). Nur ſo abgeriſſen, wie wir ſie jetzt leſen, erhalten ſie die abſolute Bedeutung, in welcher wir ſie nicht als wahr annehmen können. Ja ſelbſt abgeſehen von dieſer neuen Geſtalt, in welche dieſe Stellen durch ihre Aufnahme in die Digeſten gerathen ſind, dürfen wir uns auf den allgemeineren Grundſatz der Auslegung berufen, nach welchem im Conflict allgemeiner, von den alten Juriſten gebildeter Rechtsregeln mit ſicheren concreten Entſcheidungen, dieſe letzten den Vorzug erhalten müſſen (§ 44).

Zur noch vollſtändigeren Rechtfertigung dieſes Verfahrens gegen den Vorwurf willkührlicher Behandlung unſrer Rechtsquellen mögen folgende Betrachtungen dienen. Im Weſentlichen iſt daſſelbe nicht von demjenigen verſchieden, welches wir oben zur Beſeitigung des ſcheinbaren erſten Princips (Num. VII.) angewendet haben. Iſt es nun hier

(e) Wir behaupten alſo nicht, daß die in Papinians Stellen gemachten Unterſcheidungen unwahr, ſondern daß ſie nur beziehungsweiſe wahr ſind. Welches nun die beſonderen Beziehungen waren, an welche Papinian dabey dachte, und die aus dem ganzen Zuſammenhang ſeiner Rede deutlich hervorgehen mochten, können wir freylich bey dem abgeriſſenen Zuſtande der Stellen nicht mit völliger Sicherheit angeben. Wahrſcheinlich aber ſprach Papinian von den Wirkungen des Irrthums nicht im Allgemeinen, ſondern bey beders privilegirten Klaſſen, oder vielmehr blos bey Frauen. Das Genauere hierüber wird am Ende dieſer Nummer ausgeführt werden.

von den Meisten stets als zulässig und unbedenklich angenommen, wenigstens stillschweigend vorausgesetzt worden, so darf es nicht ohne Inconsequenz bey der Prüfung des zweyten Princips verworfen werden. — Ferner ist das Resultat unsrer Untersuchung eigentlich dieses, daß in den mitgetheilten Stellen die Unterscheidung zwischen lucrum und damnum, als zu einem allgemeinen Princip nicht geeignet, ausgeschieden werden müsse; dann aber bleibt in denselben Nichts übrig, als die ohnehin gewisse verschiedene Behandlung des factischen und des Rechtsirrthums, und sie stimmen nun ganz überein mit den vielen, diese Verschiedenheit bezeugenden Stellen (Num. III. Note a). Ja unter diesen ist eine so gefaßt, daß sie mit den Stellen Papinians geradezu in Widerspruch treten würde, wenn wir nicht diesen, auf die oben vorgeschlagene Weise, die Kraft eines durchgreifenden Princips versagen wollten (f). — Endlich müssen wir aber auch noch zu der schon oben angedeuteten Behauptung zurückkehren, daß das in den Stellen Papinians scheinbar enthaltene Princip zu einer sicheren Anwendung durchaus nicht geeignet ist, weil ihm keine scharf bestimmbaren Begriffe zum Grunde liegen. Denn ob der durch den Irrthum veranlaßte Nachtheil als entbehrter Gewinn, oder als positiver Schade gelten soll, das hängt oft blos von dem Zeitpunkt ab, den wir für

(f) *L.* 9 *pr. h. t.* „Regula est, juris quidem ignorantiam *cuique* nocere, facti vero ignorantiam non nocere." Hier wird die Schädlichkeit des Rechtsirrthums absolut ausgesprochen, ohne Unterschied des positiven Verlustes und des entbehrten Gewinnes.

die Betrachtung wählen; dieſer Zeitpunkt aber wird durch jenes Princip auf keine Weiſe beſtimmt, ſo daß daſſelbe den letzten Erfolg meiſt unentſchieden laſſen wird. Wer z. B. die condictio indebiti anſtellt, will etwas gewinnen in Beziehung auf die unmittelbar vorhergehende Zeit, da das bezahlte Geld in ſeinem Vermögen gegenwärtig gar nicht mehr enthalten, er alſo durch die geleiſtete Zahlung ſchon wirklich ärmer geworden iſt; in Beziehung auf die Zeit vor der Zahlung will er Verluſt abwenden; Alles hängt alſo davon ab, ob wir den Umfang des Vermögens vor oder nach der Zahlung unſrer Betrachtung zum Grund legen wollen (g). Wer eine Uſucapion vollendet, wird vielleicht gar nicht reicher, da die Uſucapion ſehr oft nur dadurch einen praktiſch höchſt wichtigen Dienſt leiſtet, daß ſie den fehlenden Beweis des bereits vorhandenen Eigen-

(g) Hieraus erklärt ſich die ſubtile Unterſcheidung des Donellus zwiſchen damnum rei amittendae und amissae. — Höpfner, Inſtitutionencommentar § 954, nimmt an, der Kläger bey der condictio indebiti wolle zwar gewöhnlich nur Verluſt abwenden, zuweilen aber auch Gewinn machen; dieſes namentlich wenn der Teſtamentserbe die Legate ohne Abzug der Falcidia ausgezahlt habe, und nun das ſo zuviel Bezahlte zurückfordere; denn dieſer Abzug ſey reiner Gewinn. Hier ſchiebt alſo Höpfner den Standpunkt der Beurtheilung in eine noch frühere Zeit zurück, nämlich vor den Erwerb der Erbſchaft, in welcher Zeit freylich die ganze Erbſchaft, alſo auch der in der Falcidia enthaltene Theil derſelben, noch als bevorſtehender reiner Gewinn erſcheinen muß; oder gar in die Zeit vor der Lex Falcidia, die ja überhaupt erſt den Abzug, als reinen Gewinn, dem Erben zugeſtanden hat. Hieraus wird es nun immer einleuchtender, daß jene Unterſcheidung die willkührlichſte Anwendung zuläßt, alſo ſchon an ſich ſelbſt als ſichere Regel zu dienen unfähig iſt.

thums entbehrlich macht. Jedoch auch Der, welcher durch ſie wirklich erſt Eigenthum erwirbt, wird zwar um den ganzen Werth dieſes Eigenthums reicher, als er unmittelbar vor der Uſucapion war; gehen wir aber auf einen früheren Zeitpunkt zurück, ſo wendet er vielleicht blos den Verluſt ab, den er durch den Kauf einer fremden Sache erleiden würde, wenn gerade der Verkäufer die Eviction zu leiſten nicht im Stande iſt. Wer eine Sache zu theuer kauft, und nun gegen dieſen nachtheiligen Contract Hülfe verlangt, will Schaden abwenden mit Rückſicht auf den Vermögenszuſtand vor geſchloſſenem Contract; ſehen wir auf den gegenwärtigen Zeitpunkt, ſo will er reicher werden, denn der Schade iſt durch die in dem geſchloſſenen Contract übernommene Obligation bereits vollendet, und wird es nicht erſt durch die Zahlung des Geldes. — Indem alſo jenes Princip ganz entgegengeſetzte Anwendungen zuläßt, zeigt es ſich ſchon durch ſeine Faſſung untauglich als ſichere Regel gebraucht zu werden, ganz abgeſehen noch von den ihm widerſprechenden ſicheren Entſcheidungen einzelner Fälle.

Ich will damit nicht behaupten, daß der Begriff von lucrum überall ein unbeſtimmter, juriſtiſch wenig brauchbarer Begriff wäre. Wenn einem Rechtsgeſchäft die beſtimmte Abſicht einſeitiger Bereicherung zum Grunde liegt (durch Schenkung), ſo iſt allerdings der lucri animus eine beſtimmte und wichtige Bedingung für die Eigenthümlichkeit dieſer Handlung. Aber hier iſt uns auch durch die

Handlung ſelbſt ein unzweifelhafter Zeitpunkt gegeben, in Beziehung auf welchen das Mehr oder Weniger in dem Vermögen abzumeſſen iſt. Gerade der Mangel eines ſolchen ſicheren Zeitpunkts iſt es, wodurch jenes angebliche Princip für die Lehre vom Irrthum ſo unbrauchbar für die Anwendung wird.

Dieſe letzte Bemerkung aber führt uns nun noch zu einer beſtimmteren Behauptung über die urſprüngliche Geſtalt der Stellen Papinians und deren gegenwärtig vorliegende Interpolation. Die ganze Verwirrung entſteht dadurch, daß Papinian eine erſchöpfende Klaſſification aller möglichen Rechtsereigniſſe aufſtellen zu wollen ſcheint, aus welcher man für jeden vorkommenden Fall eines Irrthums abnehmen könne, ob dem Irrenden zu helfen ſey oder nicht. In dieſer Geſtalt aufgefaßt, führten die Stellen theils zu anerkannt unrichtigen, theils zu ſchwankenden, in beiden Fällen alſo zu unbrauchbaren Reſultaten. In der That aber hatte Papinian nicht von dem Irrthum überhaupt, ſondern nur von dem Irrthum der Frauen geſprochen. Dieſe hatten zu ſeiner Zeit das Vorrecht, da wo überhaupt der Irrthum ſchützte, auch den Rechtsirrthum für ſich geltend machen zu dürfen: jedoch mit Ausnahme der Schenkungen, d. h. der Geſchäfte, die uns nicht etwa blos bereichern (welches bey ſehr vielen Geſchäften nach Einer Seite hin geſchieht), ſondern wobey dieſe einſeitige Bereicherung die beſtimmte Abſicht beider zuſammen wirkenden Perſonen iſt. In dieſem Zuſammenhang hatte der von

ihm gebrauchte Ausdruck lucrum eine ganz bestimmte Bedeutung, und in welcher Verbindung daneben von damnum gesprochen war, können wir jetzt nicht errathen. Daß er aber von den Frauen sprach, erhellt aus den Worten der Stelle selbst ganz deutlich. Die generalisirende Interpolation fanden die Compilatoren deswegen nöthig, weil späterhin das ausgedehnte Vorrecht der Frauen beschränkt, und dem Recht der Männer nahe gebracht worden ist (Num. XXXI.). So haben durch ungeschickte Behandlung jene Stellen die irre führende Gestalt eines durchgreifenden Princips über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Irrthums im Allgemeinen erhalten. — Bisher habe ich diese Behauptung blos als eine Hypothese aufzustellen gesucht, die sich als wahrscheinlich durch ungezwungene und befriedigende Lösung der vorliegenden Schwierigkeit bewährt. Sie erhält aber ein historisches Gewicht durch eine, auch schon oben angeführte, Kaiserconstitution, in welcher wir glücklicherweise unmittelbar nachweisen können, daß die Compilatoren ein ähnliches, als das hier für Papinian behauptete, Verfahren wirklich angewendet haben. Es ist dieses die von Constantin herrührende *L.* 3 *C. Th. de sponsal.* (3. 5.) „*Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat, contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro principum statuta declarant.* Ne igitur soluta matrimonii caritate inhumanum aliquid statuatur, censemus, si futuris conjugibus tempore nuptiarum intra aetatem constitutis res fuerint donatae et traditae,

non ideo posse eas revocari, quia actis consignare donationem quondam maritus noluit." Soweit hier die Stelle curſiv gedruckt iſt, ſteht ſie wörtlich gleichlautend (nur mit Einſchaltung des gleichgültigen Worts attamen) als *L.* 11 *C. h. t.* im Juſtinianiſchen Codex. Aus dem weggelaſſenen Stück aber erhellt deutlich, daß das lucrum hier ſpeciell die Schenkung, und nicht die eine Hälfte aller Rechtsgeſchäfte überhaupt bezeichnet: ferner daß von der Begünſtigung gewiſſer Klaſſen die Rede iſt, welche im Fall der Schenkung bey Frauen nicht gelten, bey Minderjährigen gelten ſoll. Erſt durch die Weglaſſung des letzten, concreten Stücks hat die ſo abgekürzte Stelle daſſelbe abſtracte Anſehen erhalten, wie die Stellen Papinians; und da im Codex die Entſtehung dieſes Anſehens durch bloße Abkürzung vor unſren Augen liegt, ſo gewinnt durch dieſe Analogie unſre Annahme einer gleichartigen Entſtehung in den Digeſten, hiſtoriſchen Boden.

IX.

Nachdem dieſe beiden ſcheinbaren Principien beſeitigt ſind, kehre ich zu der früher (Num. VI.) eingeſchlagenen Bahn zurück, um nach den einzelnen Klaſſen juriſtiſcher Thatſachen zu unterſuchen, auf welche derſelben dem Irrthum ein, die regelmäßige Wirkſamkeit modificirender, Einfluß zuzuſchreiben iſt. Zur leichteren Überſicht will ich gleich hier den Gang dieſer Unterſuchung durch eine tabellariſche Zuſammenſtellung anſchaulich machen.

I. Positive Thatsachen (Thun):

1. Rechtsgeschäfte inter vivos:

A. Wirksamkeit an sich.

a. Ausdrückliche Willenserklärung (Num. X. XI.).

b. Stillschweigende Willenserklärung (Num. XII.).

B. Hindernisse der Wirksamkeit, die in Folge eines Irrthums beseitigt werden können:

a. entweder gleich ursprünglich (Num. XIII.);

b. durch spätere Ergänzung (Num. XIV—XVI.).

2. Handlungen im Gebiet des Erbrechts (Num. XVII. XVIII.).

3. Prozessualische Handlungen (Num. XIX.).

4. Delicte und delictenähnliche Handlungen (Num. XX—XXIII.).

II. Negative Thatsachen (Unterlassen) (Num. XXIV—XXIX.).

X.

Der wichtigste und ausgedehnteste Fall einer denkbaren Einwirkung des Irrthums betrifft die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, und namentlich die Verträge; sowohl die obligatorischen, als die Tradition, die ihrem eigensten Wesen nach auch ein Vertrag ist. Hier aber hat in der Regel der Irrthum gar keine Einwirkung, er mag nun ein factischer oder ein Rechtsirrthum, verschuldet oder unverschuldet seyn. Der Kauf aus Irrthum also ist dennoch ein unanfechtbarer Kauf, eine aus Irrthum entsprungene

Tradition iſt vollgültig. In dieſer regelmäßigen Unwirkſamkeit des Irrthums liegt ſogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenloſe Unſicherheit und Willkühr. Sie muß zugleich behauptet werden im Gegenſatz jeder an ſich denkbaren Form der Einwirkung (Num. II.). Es iſt alſo der durch Irrthum veranlaßte Vertrag weder ſchon an ſich ſelbſt ungültig, noch auch durch eine gewöhnliche Klage oder durch eine Reſtitution zu entkräften möglich (a).

Der aufgeſtellte Satz iſt gleich wahr, der Irrthum mag nun den Werth und die Brauchbarkeit des Gegenſtandes (welches der häufigſte Fall iſt) betreffen, oder aber das Rechtsverhältniß des Irrenden zu dieſem Gegenſtand. Wenn ich alſo meine Sache, deren Eigenthum ich dem Titius irrig zuſchreibe, im Auftrag des Titius veräußere, ſo iſt dieſe Veräußerung dennoch für mich bindend (b). — Ferner iſt der Satz wahr, nicht blos in der gewöhnlich beachteten Bedeutung, daß der Irrende nicht verlangen kann, um des Irrthums willen von den nachtheiligen Folgen des Geſchäfts befreyt zu werden; ſondern auch in der umgekehrten Bedeutung, daß der Irrende die Vortheile des an ſich gültigen Geſchäfts behaupten kann, wenngleich er irrig

(a) Der hier aufgeſtellte Grundſatz iſt auch ſchon dargeſtellt und gegen die widerſprechenden Behauptungen anderer Schriftſteller vertheidigt worden von Thibaut, Verſuche B. 2 Abhandlung 4 Num. II.

(b) *L.* 49 § 1 *mandati* (17. 1.). Scheinbar widerſprechend iſt *L.* 35 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), die jedoch von der Verwechslung zweyer verſchiedener Sachen bey der Tradition (error in corpore) verſtanden werden muß. Vgl. Thibaut Verſuche B. 2 S. 107.

glaubte, daſſelbe ſey weniger gültig. Wer alſo eine Sache von dem Eigenthümer tradirt bekommt, den er irrig für einen Nichteigenthümer hält, wird darum nicht minder Eigenthümer (c).

Dieſer wichtige Satz ſoll nunmehr gegen jede Einwendung geſichert werden. Er folgt erſtlich aus der Natur des freyen Willens ſelbſt, deſſen Daſeyn und Wirkung von den wahren oder irrigen Beweggründen ganz unabhängig iſt: und zwar ſowohl nach der allgemeinen Betrachtung der Freyheit (Syſtem § 115), als nach den Beſtimmungen des Römiſchen Rechts, wenngleich einige derſelben das Gegentheil zu ſagen ſcheinen (Num. VII.). — Er iſt ferner unzweifelhaft als die nothwendige Vorausſetzung einiger der wichtigſten Inſtitute des Römiſchen Rechts, die ohne ihn ganz unmöglich ſeyn würden. Dahin gehört die Lehre vom dolus, die ſchon oben zu dieſem Zweck benutzt worden iſt (Num. VII.). Eben ſo aber auch die Ausnahmen des Satzes, von welchen ſogleich ausführlich die Rede ſeyn wird, nämlich die ädiliciſchen Klagen, und die Condictionen; denn dieſe wären völlig überflüſſig, ja in ihrer feſt begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unſer Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgeſetzt

(c) *L.* 9 § 4 *h. t.* (Herald. obs. C. 35 emendirt ementis für mentis, was einen guten Sinn giebt, aber nicht nöthig iſt). — Allerdings iſt hier der Empfänger in mala fide, und dieſes würde die Uſucapion hindern: die unmittelbare Wirkung der Tradition des wahren Eigenthümers, wobey eine ergänzende Uſucapion nicht nöthig iſt, hindert es nicht.

werden dürfte. — Endlich wird dieſer Satz noch durch folgende einzelne Ausſprüche des Römiſchen Rechts beſtätigt:

1. Wer Etwas ſchenkt, um den Andern für irrig vorausgeſetzte Dienſte zu belohnen, kann ungeachtet dieſes Irrthums das Gegebene nicht zurück fordern (d).

2. Wenn Waaren nach Gewicht verkauft werden, und ein Dritter hat zu dieſem Handel wiſſentlich falſches Gewicht hergeliehen, ſo kann in der Regel der Beſchädigte die Berichtigung der ungenauen Erfüllung des Vertrags verlangen, wodurch dann jeder Schade abgewendet iſt. Nur wenn ausdrücklich auf dieſes individuelle Gewicht contrahirt war, fällt dieſe Aushülfe weg, und nun gilt die doli actio gegen den Betrüger (e). Daraus aber folgt nothwendig, daß jener Vertrag ſelbſt, ungeachtet des Irrthums, unanfechtbar ſeyn muß, indem die doli actio nicht gegeben werden darf, ſobald der Schade durch ein anderes Rechtsmittel (Klage oder Exception) abgewendet werden kann, es möge dieſes Rechtsmittel gegen den Betrüger ſelbſt, oder gegen einen Andern, zuläſſig ſeyn (f).

3. Wenn der Gläubiger durch Betrug ſeines Schuldners zur Acceptilation beſtimmt wird, ſo hat er gegen den Schuldner die doli actio (g). Daraus folgt aber, daß die Acceptilation, ungeachtet des Irrthums, gültig ſeyn muß,

(d) *L.* 65 § 2 *de cond. indeb.* (12. 6.).
(e) *L.* 18 § 3 *de dolo* (4. 3.).
(f) *L.* 1 § 4—8, *L.* 2—7 *de dolo* (4. 3.).
(g) *L.* 38 *de dolo* (4. 3.).

weil außerdem jene Klage entbehrlich, also auch unzulässig, seyn würde (Note f).

XI.

Es giebt jedoch zwey wichtige Ausnahmen der eben dargestellten Regel: Fälle, in welchen ein Rechtsgeschäft blos wegen eines irrigen Beweggrundes als ungültig durch besondere Klagen angefochten werden kann (a).

Der erste dieser ausgenommenen Fälle findet sich in den ädilicischen Klagen. Wer eine Sache kauft, die mit einem heimlichen Fehler besonders bestimmter Art behaftet ist, kann nach seiner Wahl entweder den Kauf aufheben, oder eine Verminderung des Kaufgeldes verlangen, und zwar lediglich wegen dieses Irrthums, der Verkäufer also mag den Fehler gekannt haben oder nicht (b). Die ge-

(a) Mit diesen ausgenommenen Fällen darf nicht zusammengestellt werden der Fall des Betrugs; denn bey diesem tritt der Irrthum als solcher ganz zurück, und der Betrug für sich ist selbstständiger Entstehungsgrund eigenthümlicher Rechtsverhältnisse (System § 115). Eben so darf dahin nicht gezählt werden die Anfechtung des Kaufs wegen laesio ultra dimidium; denn bey dieser ist der Irrthum des Verkäufers über den wahren Werth der Sache zwar ein möglicher Beweggrund, aber nicht der nothwendige: es kann auch ein Verkauf seyn aus Geldnoth, die der Käufer wucherlich misbraucht, in welchem Fall kein Irrthum zum Grund liegt.

(b) Mit den ädilicischen Klagen darf in dieser Hinsicht nicht zusammengestellt werden die Klage auf Evictionsleistung, obgleich auch bey dieser ein Irrthum allerdings vorausgesetzt wird. (*L.* 27 *C. de evict.* 8. 45.). Denn der wahre Grund der Klage ist hier nicht der Irrthum, sondern der nicht gehörig erfüllte Kauf (*L.* 11 § 2 *de act. emti* 19. 1, *L.* 8 *de evict.* 21. 2.); der Irrthum aber kommt hier nur insofern in Betracht, als umgekehrt in der Bekanntschaft mit dem fremden Recht eine Entsagung auf den Regreß

naueren Beſtimmungen dieſes Rechtsſatzes gehören hierher nicht, ſondern nur deſſen Verbindung mit der Lehre vom Irrthum, worin er als poſitive Ausnahme erſcheint von der Regel, nach welcher der Irrthum keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge hat. Das ganz Poſitive des erwähnten Rechtsſatzes iſt von allen Seiten unverkennbar: in der unzuläſſigen Contractsklage: in den dafür eingeführten eigenen Klagen mit ganz beſonderer, kurzer Verjährung: in dem Wahlrecht des Klägers: ja ſchon in den ſehr eigenthümlich und willkührlich beſtimmten factiſchen Beſtimmungen der Klage (vitium und morbus). — Gleich hier aber bewährt ſich deutlich das oben (Num. VI.) aufgeſtellte negative Princip, indem die erwähnten Klagen ungeachtet des Irrthums wegfallen, wenn derſelbe nicht ohne große Nachläſſigkeit des Irrenden eintreten konnte (c).

Der zweyte, weit wichtigere, ausgenommene Fall iſt

gegen den Verkäufer liegen würde. Darum gilt auch bey den Römiſchen Juriſten die Evictionsleiſtung gar nicht, ſo wie die Vorſchrift des ädiliciſchen Edicts, als ein ganz poſitiver Rechtsſatz, ſondern als eine natürliche Folge des Kaufcontracts; ſie kann daher durch die actio emti geltend gemacht werden, die wegen vitium und morbus der erkauften Sache nicht gilt.

(c) *L.* 14 § 10 *de aedil. ed.* (21. 1.) „Si ... talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere .. ejus nomine non teneri Caecilius ait ... ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.“ Der letzte Ausdruck erklärt ſich aus dem erſten; es ſoll der Irrthum entweder als Thatſache nachgewieſen ſeyn, oder wegen der Verborgenheit des Fehlers mit Wahrſcheinlichkeit angenommen werden können. Dabey verſteht es ſich von ſelbſt, und wird durch die voranſtehenden Worte beſtätigt, daß auch der wirklich vorhandene Irrthum nicht beachtet wird, wenn er mit großer Nachläſſigkeit verbunden iſt.

enthalten in den Condictionen (d). Auch bey dieſen wird ein an ſich gültiges Rechtsgeſchäft vorausgeſetzt, welches lediglich wegen des Irrthums durch eine beſondere Klage wiederum entkräftet werden kann. Die eigenthümliche Vorausſetzung wird darin geſetzt, daß das Rechtsgeſchäft vorgenommen werde mit Rückſicht auf eine juriſtiſche causa, und daß der Irrthum gerade dieſe causa, nicht etwa blos die factiſchen Vortheile oder Nachtheile, die dabey eintreten können, betreffe (e). Das Rechtsgeſchäft kann nun beſtehen entweder in einem Geben, beſonders einer Geldzahlung, oder in dem Abſchluß eines obligatoriſchen Ver-

(d) Ich gebrauche hier der Kürze wegen dieſen allgemeinen Ausdruck, obgleich dabey als hierher nicht gehörend abgerechnet werden müſſen: 1. Die Condictionen aus Verträgen (Darlehen und Stipulation), 2. die anomaliſchen Condictionen, bey welchen es auf Irrthum gar nicht ankommt, nämlich condictio furtiva und ob turpem causam. Dann bleiben folgende, als hierher gehörend, das heißt auf einer irrigen causa beruhend, übrig: a. wegen einer künftigen causa die condictio ob causam datorum, b. wegen einer gegenwärtigen oder vergangenen: die allgemeine condictio sine causa, und für einen einzelnen Fall, aber den wichtigſten und häufigſten unter allen, die condictio indebiti.

(e) Wenn ich einen Tauſchvertrag von meiner Seite erfülle, ſo geſchieht es, um den Andern zur gegenſeitigen Erfüllung zu verpflichten. Dieſe (obligandi) causa hat eine ganz juriſtiſche Natur, und wenn ich mich in dieſer Erwartung getäuſcht finde, ſo habe ich die condictio ob causam datorum. Wenn dagegen der Andere gleichfalls erfüllt, und es ſich findet, daß ich eine gute Sache gegen eine ſchlechte vertauſcht habe, ſo iſt mir zwar auch ein Nachtheil aus Irrthum entſtanden, aber dieſer Irrthum betrifft blos die factiſchen Verhältniſſe der Sache (Brauchbarkeit und Preis), ſteht nicht in Verbindung mit einer juriſtiſchen causa, und begründet keine Condiction. Die juriſtiſche causa iſt hier vielmehr vollſtändig in Erfüllung gegangen, und auf ſie hat ſich daher kein Irrthum bezogen.

trags: im erſten Fall geht die Condiction auf Rückgabe des gezahlten Geldes (f), im zweyten auf Befreyung von der übernommenen Obligation; und dieſer Anſpruch auf Befreyung kann nicht blos durch die Condiction geltend gemacht werden, ſondern noch einfacher durch eine Exception gegen die Klage des Gläubigers auf Erfüllung jenes abgeſchloſſenen Vertrags (g). — Es kann nun hier noch weniger, als bey den ädiliciſchen Klagen, die Rede davon ſeyn, dieſen ſehr wichtigen Abſchnitt des Obligationenrechts am gegenwärtigen Ort vollſtändig abzuhandeln; vielmehr ſoll hier nur der Zuſammenhang der Condictionen mit der Lehre vom Irrthum nachgewieſen werden. Die genauere Beſtimmung dieſes Zuſammenhangs aber wird faſt nur bey der condictio indebiti erforderlich; auch iſt dieſe überhaupt häufiger und wichtiger als die übrigen Condictionen, und erſcheint daher unter allen am meiſten im Römiſchen Recht ausgebildet. Es wird deshalb hier ausſchließend von dem Irrthum in Beziehung auf die condictio indebiti

(f) *L.* 1 § 1, *L.* 7 *de cond. indeb.* (12. 6.). Dieſes iſt der gewöhnlichſte Fall, der in dem ganzen Digeſtentitel faſt überall vorausgeſetzt wird.

(g) *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 51 *pr.* § 1 *de pactis* (2. 14.), *L.* 31 *de cond. ind.* (12. 6.). Auch dieſes wieder läßt ſich auf ganz verſchiedene Weiſe denken. Es geſchieht, wenn ich als Erbe fälſchlich glaube, durch Teſtament zum Verkauf meines Hauſes verpflichtet zu ſeyn, und deswegen das Haus wirklich verkaufe. Es geſchieht aber auch, wenn ich für eine fälſchlich angenommene Geldſchuld, anſtatt baarer Zahlung, durch Novation eine ganz neue Schuld contrahire, z. B. einen Wechſel ausſtelle. Andere und verſtecktere Formen, worin dieſer wichtige Rechtsſatz erſcheint, werden noch weiter unten erwähnt werden.

ferner die Rede seyn. — Bey dieser nun zeigt sich der oben aufgestellte Unterschied des factischen und Rechtsirrthums (Num. III.) vorzüglich wirksam, indem nur der erste, nicht der zweyte den Anspruch auf die Condiction soll begründen können. Indessen ist dieser wichtige Satz sehr bestritten, und bedarf einer ausführlichen Darstellung der entgegen stehenden Meynungen und ihrer Gründe. Dadurch würde aber, wenn diese gleich hier vorgenommen werden sollte, der übersichtliche Zusammenhang der Hauptuntersuchung sehr gestört werden. Ich habe es daher vorgezogen, diese Streitfrage hier auszuscheiden, und an das Ende der gegenwärtigen Abhandlung, als eine für sich bestehende Untersuchung zu verweisen (Num. XXXV. u. fg.).

Dieses sind die beiden Ausnahmen des Römischen Rechts. Das canonische Recht fügt eine dritte hinzu, welche sich auf die Eingehung einer Ehe aus irrigen Voraussetzungen bezieht. Dadurch soll jedoch die Ehe nur in dem einzigen Fall nichtig werden, wenn der eine Ehegatte frey, der andere unfrey ist, und der Freye die Unfreyheit des Andern nicht kannte (h). Im Römischen Recht konnte dieser Fall gar nicht vorkommen, da für die Sklaven, die einzigen Unfreyen die bey den Römern vorkommen, eine Ehe über-

(h) *c.* 4 *C.* 29. q. 2, *C.* 2. 4 *X. de conj. serv.* (4. 9.). Böhmer § 348. 384 not. a. Eichhorn II. S. 352. — Ohne Grund will die Praxis dieses auf andere Fälle ausdehnen. Dazu wird in den meisten Fällen nicht einmal ein Bedürfniß vorhanden seyn, da meist Betrug concurrirt, von welchem dann der Irrthum absorbirt wird.

haupt unmöglich war, ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn und den Willen der Parteyen.

XII.

Bisher war von Rechtsgeschäften durch ausdrückliche Willenserklärung die Rede; eine etwas andere Natur hat in Beziehung auf Irrthum die stillschweigende (§ 131). Denn das Daseyn des Willens war, bey der ausdrücklichen, durch die mündliche oder die schriftliche Rede völlig gewiß, und es konnte nur die Frage seyn, ob diesem wirklich vorhandenen Willen wegen des Irrthums die gewöhnliche Wirkung entzogen werden sollte. In der stillschweigenden Erklärung dagegen ist das Daseyn des Willens nicht schon für sich gewiß, vielmehr soll dasselbe erst aus Handlungen geschlossen werden, die wir als Ausdruck des Willens annehmen. Sind nun aber diese Handlungen in einer solchen irrigen Voraussetzung unternommen, daß sie gar nicht als Ausdruck jenes Willens gelten können, dann fehlt es an allem positiven Grund einer Rechtsänderung, und es kann gar nicht die Frage davon seyn, dem Willen seine gewöhnliche Wirksamkeit zu versagen.

Wenn wir aber dieses anerkennen, so nehmen wir nicht etwa blos einen anderen Grund an für die Einwirkung des Irrthums auf die stillschweigenden Willenserklärungen, sondern auch die praktische Beurtheilung im Einzelnen wird eine ganz andere. Denn die Schuldlosigkeit des Irrthums wird nunmehr ganz gleichgültig: dann aber verschwindet

auch der Unterſchied zwiſchen dem factiſchen und Rechtsirrthum, indem auch dieſer letzte das Daſeyn des Willens, mithin den poſitiven Grund irgend einer Rechtsänderung, ausſchließt.

Beſtätigungen der hier aufgeſtellten Anſicht ſind folgende.

Wer auf ſeinem Grundſtück ſolche Arbeiten vornimmt, wodurch das Regenwaſſer einem Nachbar ſchädlich werden kann, wird durch eine eigene Klage zur Herſtellung des früheren Zuſtandes gezwungen. Hat aber der Nachbar die Arbeit gewußt und geſchehen laſſen, ſo hat er dadurch in die möglichen Nachtheile ſtillſchweigend eingewilligt, weshalb die Klage wegfällt. Jedoch kann wiederum dieſe Ausnahme nicht gelten, wenn der Nachbar aus Irrthum die Gefährlichkeit der Arbeit nicht einſah; denn nun kann ſein Stillſchweigen nicht als freye Unterwerfung unter dieſe Gefahr angeſehen werden (a). Dabey iſt nun blos von error aut imperitia die Rede, ohne Unterſchied ob der Irrthum ſchwer oder leicht zu vermeiden war, welcher letzte Fall hier wohl am häufigſten angenommen werden dürfte.

(a) *L.* 19. 20 *de aqua et aquae pluv.* (39. 3.). Dieſes iſt eine der oben angeführten Stellen (Num. VII.), deren allgemeiner Ausdruck dahin führen könnte, wegen des Irrthums das Daſeyn jedes (auch des ausdrücklich erklärten) Willens zu verneinen. — Der augenſcheinliche Grund der von der Ausnahme gemachten Ausnahme liegt darin, daß der Nachbar, dem die Arbeit wirklich keine Gefahr bringt, auch kein Recht des Widerſpruchs hat, weshalb ſein Schweigen nicht als Einwilligung gelten kann.

Wenn ſich zwey Parteyen vor einem incompetenten Gericht einlaſſen, ſo wird dieſes durch freywillige Prorogation competent; die Einlaſſung alſo gilt als ſtillſchweigende Erklärung, daß ſie dieſem Gericht durch freyen Entſchluß ſich unterwerfen wollen (b). Glaubten ſie aber irrigerweiſe, das Gericht ſey ohnehin competent, ſo wollten ſie ſich blos der vermeyntlichen Nothwendigkeit fügen; dann kann ihre Einlaſſung nicht als ſtillſchweigende freye Unterwerfung ausgelegt werden, und ſie hat daher nicht die Kraft einer Prorogation (c). Hier wird nun der Irrthum faſt immer ein Rechtsirrthum ſeyn, indem er die Rechtsregeln über die örtlichen oder perſönlichen Gränzen des Gerichtsſprengels zum Gegenſtand haben wird, ſo daß alſo hier, wie oben bemerkt, der Rechtsirrthum dieſelbe Wirkung hat, wie der factiſche Irrthum.

Wenn ein zur Erbſchaft Berufener Geſchäfte der Erbſchaft beſorgt, ſo liegt in dieſer pro herede gestio eine ſtillſchweigende Antretung. Wenn er jedoch irrigerweiſe das zur Erbſchaft gehörende Geſchäft nicht für ein ſolches, ſondern für ſein eigenes hielt, ſo kann unmöglich ſeine Handlung als Ausdruck jenes Willens angeſehen werden (d).

(b) *L.* 1 *de judiciis* (5. 1.).

(c) *L.* 2 *pr. de judiciis* (5. 1.), *L.* 15 *de jurisd.* (2. 1.). Dieſe beide Stellen gehören wiederum, eben ſo wie die in Note a angeführte, unter diejenigen, welche ſcheinbar jede Willenserklärung für nicht vorhanden erklären, wenn ihr ein Irrthum zum Grunde liegt (Num. VII.). Gerade die Hälfte der dort angeführten Sechs Stellen bezieht ſich alſo lediglich auf die eigenthümliche Natur der ſtillſchweigenden Willenserklärung.

(d) *L.* 20 *pr. de adqu. her.* (29. 2.) „.. si quid non quasi

Allein nicht jeder Irrthum ſchließt die ſtillſchweigende Willenserklärung aus, ſondern nur derjenige, welcher dem Schluß von der Handlung auf das Daſeyn des Willens im Wege ſteht. Wenn alſo jener berufene Erbe die erbſchaftlichen Geſchäfte beſorgt, weil er aus Irrthum die Erbſchaft für vortheilhaft hält, obgleich ſie inſolvent iſt, ſo iſt er dennoch Erbe geworden; denn der Wille, Erbe zu werden, war in ihm unzweifelhaft vorhanden.

XIII.

Bisher war die Rede von ſolchen Fällen, worin die regelmäßige Wirkſamkeit von Rechtsgeſchäften wegen eines Irrthums auf irgend eine Weiſe gehemmt wird. Umgekehrt aber giebt es auch Fälle, worin die in der Regel eintretende Ungültigkeit eines Rechtsgeſchäfts durch die Zwiſchenkunft eines Irrthums weggeräumt, und dem Geſchäft Gültigkeit verſchafft wird.

In einigen Fällen geſchieht dieſes gleich von Anfang an, ſo daß dann zu keiner Zeit die Ungültigkeit des Geſchäfts behauptet werden kann. Das Senatus Macedonianum erklärt das Gelddarlehen an einen in väterlicher Gewalt ſtehenden Schuldner allgemein für ungültig, ohne zu unterſcheiden, ob der Glaubiger jene Eigenſchaft des Schuldners kenne oder nicht (a). Die Interpretation der

heres egit, sed quasi alio jure dominus" ... § 1 *eod.* „.. aut putavit sua."

(a) *L.* 1 *pr. de Sc. Maced.* (14. 6.).

Juriſten fügte jene billige Unterſcheidung hinzu, und nahm alſo an, daß der Irrthum des Schuldners die Schuldklage von der gewöhnlichen Exception befreye; vorausgeſetzt jedoch, daß es weder ein Rechtsirrthum, noch ein leicht zu vermeidender factiſcher ſey, alſo ganz nach den oben für den Irrthum überhaupt aufgeſtellten Grundſätzen (b). — Minderjährige jedoch dürfen ſich hier auch auf den Rechtsirrthum berufen (c).

Eine ganz ähnliche Beſtimmung findet ſich bey der durch das Sc. Vellejanum unterſagten Bürgſchaft der Frauen. Die Exception aus dieſem Senatusconſult gilt ohne Unterſchied, ob die Frau ſelbſt die Bürgſchaft leiſtet, oder ein Anderer im Auftrag der Frau. Wenn aber in dieſem letzten Fall der Gläubiger von dem Auftrag Nichts weiß, und alſo den Bevollmächtigten für einen Bürgen auf eigene Rechnung hält, ſo wird die Exception durch doli replicatio ausgeſchloſſen (d).

Ein Sklave konnte nicht als Zeuge bey einem Teſtament zugezogen werden. Geſchah dieſes dennoch, jedoch bey einem ſolchen Sklaven, der allgemein für einen Freyen

(b) *L.* 3 *pr. de Sc. Maced.* (14. 6.). „Si quis patremfamilias esse credidit, *non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia*, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, censabit Senatusconsultum." Daſſelbe ſagt indirect, in Beziehung auf den Rechtsirrthum, *L.* 9 *pr. h. t.*, worin nur dem Minderjährigen (alſo dem Volljährigen nicht) Hülfe zugeſagt wird, wenn er aus Rechtsirrthum einem filiusfamilias Geld als Darlehen giebt.

(c) *L.* 9 *pr. h. t.* (ſ. Note b), *L.* 11 § 7 *de minor.* (4. 4.).

(d) *L.* 6 *ad Sc. Vellej.* (16. 1.).

gehalten wurde, so sollte das Testament darum nicht minder gültig seyn (e).

Eben dahin kann man auch die Vortheile rechnen, die der redliche Besitz einer Sache verschafft; denn dieser muß immer auf Irrthum beruhen, wenn in der That kein Eigenthum zum Grunde liegt (f).

XIV.

Wichtiger aber sind die Fälle, in welchen der Irrthum die Folge hat, daß die anfängliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts hinterher weggeräumt wird. Eine solche Veränderung kann man als Ergänzung eines unvollständigen Rechtsgeschäfts bezeichnen, und diese Ergänzung eben ist es, welche durch den Irrthum vermittelt werden kann.

Ein Fall dieser Art war im älteren Recht die erroris causae probatio. War nämlich eine Ehe unter solchen Personen geschlossen, die kein gegenseitiges Connubium hatten, so war sie nach Civilrecht ungültig, die Kinder folgten nicht dem Stande des Vaters, und kamen nicht in väterliche Gewalt. Hielten aber die Ehegatten ihre Ehe für eine richtige, indem sie aus Irrthum dem einen unter ihnen einen höheren oder niederen Stand, als er hatte, zuschrieben, und deshalb Standesgleichheit unter sich annahmen, so war ihnen gestattet, eine causae probatio,

(e) § 7 *J. de test. ord.* (2. 10.), *L.* 1 *C. de test.* (6. 23.).

(f) Dahin gehört der Fruchterwerb (§ 35 *J. de rer. div.* 2. 1.), und der, (etwas beschränkte) Erwerb durch den servus bona fide possessus (§ 4 *J. per quas pers.* 2. 9.).

das heißt den Beweis des Irrthums, zu unternehmen; dann kam der niedere Gatte nebſt den in dieſer Ehe erzeugten Kindern in den Stand des höheren, alſo gewöhnlich in die Civität, und die Kinder kamen zugleich in die Gewalt des Vaters (a). Es wird nicht geſagt, ob der Irrthum durch ungewöhnliche Umſtände entſchuldigt werden mußte, welches man, da er den Zuſtand der eigenen Perſon betrifft, nach allgemeinen Grundſätzen wohl annehmen möchte (Num. III.). Vielleicht aber galt hier eine begünſtigende Ausnahme mit Rückſicht auf die Kinder; vielleicht auch iſt eben der Nachweis beſonderer Umſtände in dem Ausdruck causae probatio angedeutet, und wird nur zufällig in den angeführten Stellen nicht beſonders hervorgehoben.

Eine weit wichtigere Anwendung dieſes ergänzenden Verhältniſſes aber, die auch noch in dem heutigen Recht volle Anwendung findet, gilt bey der Uſucapion. Wenn eine Handlung, wodurch Eigenthum erworben werden ſoll, dazu auf irgend eine Weiſe untauglich iſt, ſo kann der Erwerber dieſes entweder wiſſen oder nicht wiſſen. Im erſten Fall iſt ihm nicht zu helfen; im zweyten dagegen wird das Anfangs fehlende Eigenthum durch den Ablauf der Uſucapionszeit ergänzt, vorausgeſetzt daß der Irrthum die gehörige Beſchaffenheit hat. Hier iſt alſo der (gehörig qualificirte) Irrthum nicht nur kein Hinderniß des redlichen Erwerbs, ſondern ſogar deſſen nothwendige Bedin-

(a) Ulpian. VII. § 4. Gajus Lib. 1 § 67 sq.

gung und Vermittlung, so daß man sagen kann, es gebe keine Usucapion ohne Irrthum (b). — Es kann nun nicht die Absicht seyn, hier die ganze Lehre der Usucapion vorzutragen; allein das Verhältniß derselben zum Irrthum muß hier allerdings vollständig dargestellt werden. Es wird sich zeigen, daß die über den Irrthum oben aufgestellten Regeln bey der Usucapion sehr rein angewendet, und mit vorzüglicher Sorgfalt ausgebildet worden sind.

XV.

Soll sich nun diese Behauptung bewähren, so muß der zur Usucapion geeignete Irrthum erstlich ein factischer, und zweytens ein durch die Umstände gerechtfertigter, also nicht leichtsinniger Irrthum seyn. Gerade diese zwey Forderungen sind es aber, die der ganzen Lehre der Usucapion zum Grunde liegen.

(b) Damit dieser Satz nicht misverstanden werde, ist eine zwiefache Erinnerung nöthig. Erstlich kannte das ältere Recht zwey ganz verschiedene Anwendungen des Usucapionsprincips, indem dadurch sowohl das in bonis, als die davon ganz verschiedene b. f. possessio in vollständiges Eigenthum verwandelt werden konnte. (Gajus Lib. 2 § 41—44). Unser Satz gilt blos für die zweyte Anwendung, gar nicht für die erste; allein diese erste Anwendung ist auch überhaupt im Justinianischen Recht völlig verschwunden, so daß nunmehr unser Satz allgemein wahr geworden ist. — Zweytens ist der Satz allerdings nur wahr da wo die Usucapion vollständig wirkt, nämlich in der That Eigenthum dem Einen nimmt, dem Andern giebt. Praktisch stellt sich die Sache oft ganz anders, indem die Usucapion vielleicht nur den fehlenden Beweis des wirklich schon vorhandenen Eigenthums ersetzt, in welchem Fall allerdings kein Irrthum vorhanden ist. Die weitere Ausführung dieser Ansicht gehört an einen andern Ort.

Ehe dieſes bewieſen werden kann, muß zuvor unterſucht werden, welche Elemente der Uſucapion eigentlich in Verbindung mit dem Irrthum gedacht werden müſſen. Die Uſucapion hat zwey poſitive Bedingungen: redliches Bewußtſeyn, und Daſeyn eines Rechtstitels. Das erſte iſt eine Thatſache, auf deren bloßes Daſeyn die Art ihrer Entſtehung keinen Einfluß hat. Mag alſo auch ein Rechtsirrthum, oder ein leichtſinniger factiſcher, zum Grunde liegen, das redliche Bewußtſeyn iſt darum nicht minder vorhanden (a); allein zur Uſucapion taugt der Irrthum nur, wenn er gerechtfertigt iſt, und dieſe Rechtfertigung eben wird durch die Forderung des Titels ausgedrückt. Inſofern kann man ſagen, die Nothwendigkeit beſonderer Eigenſchaften des Irrthums beziehe ſich nicht auf die bona fides, ſondern auf den Titel (b). Über das Verhältniß aber der bona fides zum Titel muß hier noch Folgendes hinzugefügt werden. Der Titel dient nicht nur dazu, die

(a) Man kann umgekehrt fragen, ob das auf Irrthum beruhende unredliche Bewußtſeyn die Uſucapion hindert. Es hindert, wenn es auf einem Rechtsirrthum beruht (*L.* 32 § 1 *de usurp.* 41. 3.), aber nicht im Fall des factiſchen Irrthums. *L.* 25 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 3 *pro don.* (41. 6.). Vgl. das Syſtem § 156.

(b) Man könnte dieſe Unterſcheidung für eine leere Subtilität halten, da doch eben nach unſrer Darſtellung der Titel Nichts ſeyn ſoll, als die Rechtfertigung der bona fides, ſo daß beide Momente als ein ungetrenntes Ganze erſcheinen. Allein ſie wird praktiſch wichtig bey der außerordentlichen Uſucapion, in welcher der dreyßigjährige Beſitz den Titel erſetzt und entwehrlich macht (*L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. 7. 39.). Hier bleibt die bona fides als einziges Erforderniß bey dem Anfang des Beſitzes übrig, und der Rechtsirrthum macht dabey kein Hinderniß

bona fides zu rechtfertigen, ſondern auch das Daſeyn derſelben als Thatſache ſo lange feſtzuſtellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweiſt (c). Dieſes iſt bey der Uſucapion der durchgreifende Grund, weshalb der Beſitzer ſeine bona fides nicht zu beweiſen braucht. Aber auch von dieſem Grunde abgeſehen, müſſen wir ſagen, daß ſtets Derjenige, welcher einem Gegner die Unredlichkeit vorwirft, dieſe als eine Thatſache zu beweiſen hat. Wir verfahren daher am genaueſten, wenn wir die bona fides überhaupt negativ, als Abweſenheit eines unredlichen Bewußtſeyns, ausdrücken (d).

Die Natur des zur Uſucapion tauglichen Titels ſoll nunmehr genauer feſtgeſtellt werden.

Der Titel beſteht in einem ſolchen Anfang des Beſitzes, welcher zwar kein Eigenthum giebt (denn ſonſt bedürfte es keiner ergänzenden Uſucapion), wohl aber zu geben ſcheint, ſo daß ſelbſt der Beſonnene und Geſchäftskundige glauben kann, es ſey Eigenthum ſchon jetzt vorhanden. Was darf nun zum urſprünglichen Eigenthumserwerb fehlen, damit dennoch für dieſen gerechtfertigten Glauben Raum bleibe?

(c) *L.* 30 *C. de evict.* (8. 45.).

(d) Dieſe Auffaſſung iſt dem Ausdruck der Rechtsquellen ganz gemäß. *L.* 109 *de V. S.* (50. 16.). „Bonae fidei emtor esse videtur, *qui ignoravit eam rem alienam esse:* aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse." Auch iſt die in der Note c angeführte *L.* 30 *C. de evict.*, welche den Beſitzer vom Beweiſe der bona fides entbindet, gar nicht auf die Uſucapion eingeſchränkt.

Vor Allem darf bey den Veräußerungen, als der häufigſten unter allen Erwerbungsformen, das Eigenthum des Auctors fehlen; dieſes iſt der Hauptfall aller Uſucapion, und dabey wird der Irrthum am unbedenklichſten zugelaſſen, weil in der Regel die genaue Prüfung fremder Rechte uns nicht zugemuthet werden kann. Laſſen ſich jedoch Umſtände nachweiſen, welche dieſen Irrthum als beſonders leichtſinnig darſtellen, ſo liegt gewiß auch hierin ein Hinderniß der Uſucapion (e).

Bedenklicher ſchon wird der Mangel, wenn er das zur wirklichen Erwerbung erforderliche Rechtsgeſchäft betrifft, indem er ſich dann meiſt auf eine eigene Handlung des Irrenden beziehen wird. Zwar wenn das Geſchäft blos wegen der Handlungsunfähigkeit des Veräußernden ungültig iſt, ſo kann in Beziehung auf dieſe, als den Zuſtand einer fremden Perſon, der Irrthum leicht gerechtfertigt ſeyn; ſo z. B. wenn der Käufer den unmündigen oder wahnſinnigen Verkäufer für mündig oder vernünftig hält (f).

(e) Es kann dieſer Irrthum noch eine zwiefache Geſtalt annehmen, indem man dem Verkäufer fälſchlich entweder das Eigenthum ſelbſt, oder die Vollmacht der Veräußerung für den Eigenthümer, zuſchreibt, welche beide Fälle in *L.* 109 *de V. S.* (Note c) erwähnt werden. Vorzüglich in dem letzten Fall wird der Irrthum oft leicht zu vermeiden, alſo zur Uſucapion untauglich ſeyn.

(f) *L.* 2 § 15. 16 *pro emtore* (41. 4.). (Bey § 15 iſt es beſtritten, wie man den Fall zu denken habe, damit die Stelle nicht mit anderen in Widerſpruch komme. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre I. S. 128. 133). Natürlich wird vorausgeſetzt, daß die irrige Annahme durch das täuſchende äußere Anſehen der Perſon unterſtützt wurde; ſonſt würde derſelbe dennoch als leichtſinnig anzuſehen ſeyn, und zur Uſucapion nicht genügen. — Von der

Anders wenn die Handlungen ſelbſt, die zu dem Geſchäft gehören, auf mangelhafte Weiſe vorgenommen waren, oder wenn ſogar das Daſeyn irgend eines Rechtsgeſchäfts nur irrigerweiſe von dem Erwerber angenommen wird, welches letzte man einen Putativtitel zu nennen pflegt. Allerdings erſcheinen gerade für dieſen Fall die Ausſprüche unſrer Rechtsquellen ſchwankend; einige Stellen ſcheinen ihn ſchlechthin zuzulaſſen (g), andere ſchlechthin zu verwerfen (h). Noch andere aber vermitteln dieſen ſcheinbaren Widerſpruch auf eine Weiſe, die mit den allgemeinen Grundſätzen vom Irrthum völlig übereinſtimmt: in der Regel iſt der Irrthum über das Daſeyn eines Titels unzuläſſig, weil er meiſt eine eigene Handlung betreffen wird; er kann jedoch durch ungewöhnliche Umſtände gerechtfertigt werden, z. B. wenn der Erwerber den Kaufcontract durch einen Bevollmächtigten abſchließen wollte, und durch deſſen falſchen Bericht über den wirklichen Abſchluß getäuſcht worden iſt (i).

XVI.

Bisher iſt angegeben worden, wie ein factiſcher Irr-

Interdiction, und einer ähnlichen, bey dem spatium deliberandi möglichen, Beſchränkung reden indirect (nach dem argumentum a contrario) *L.* 12 *de usurp.* (41. 3.), *L.* 7 § 5 *pro emt.* (41. 4.), mit welchen Stellen noch zuverbinden iſt *L.* 26 *de contr. emt.* (18. 1.).

(g) *L.* 3, *L.* 4 § 2 *pro suo* (41. 10.).

(h) *L.* 27 *de usurp.* (41. 3.), § 11 *J. eod.* (2. 6.).

(i) *L.* 11 *pro emtore* (41. 4.), *L.* 5 § 1 *pro suo* (41. 10.), *L.* 4 *pro legato* (41. 8.).

thum beſchaffen ſeyn müſſe, um eine Uſucapion möglich zu machen. Bey dem Rechtsirrthum iſt eine ſo genaue Unterſcheidung nicht nöthig, da er ſchon im Allgemeinen als unzuläſſig anzuſehen iſt, welches bey dem factiſchen Irrthum von den Umſtänden jedes Falles abhängt (Num. III.). Daher wird in mehreren Stellen unſrer Rechtsquellen die Regel allgemein ausgeſprochen, daß der (den Titel betreffende) Rechtsirrthum die Uſucapion ſtets unmöglich mache (a).

Indeſſen darf dieſe Regel doch nicht ſo unbedingt angenommen werden, wie man es nach der wörtlichen Faſſung der angeführten Stellen glauben möchte. Vielmehr ſind darauf diejenigen Einſchränkungen anzuwenden, die ſchon oben (Num. IV.) für die Unzuläſſigkeit des Rechtsirrthums im Allgemeinen geltend gemacht worden ſind. Auch paſſen dazu ganz die in den angeführten Stellen (Note a) angeführten Beyſpiele des Rechtsirrthums, die insgeſammt von den einfachſten und unbeſtrittenſten Rechtsregeln hergenommen ſind; ſo die Regel, daß ein Unmündiger ohne den Vormund Nichts veräußern dürfe: ferner daß die vormundſchaftliche auctoritas unmittelbar nach der Willenserklärung des Pupillen ausgeſprochen werden muß, alſo weder vorher, noch auch lange Zeit nachher. Da-

(a) *L.* 4 *h. t.*, *L.* 31 *pr.* *L.* 32 § 1 *de usurp.* (41. 3.), *L.* 2 § 15 *pro emtore* (41. 4.). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre § 117 S. 408. — Bey der angeführten *L.* 2 § 15 *pro emtore* iſt die Erklärung ſehr beſtritten, jedoch in Beziehung nicht auf die Unzuläſſigkeit des Rechtsirrthums, ſondern umgekehrt auf die Zuläſſigkeit des factiſchen, ſ. oben Num. XV. Note f.

gegen müſſen wir auch bey dem Rechtsirrthum die Uſucapion zulaſſen, wenn er ſich auf wirklich controverſe Rechtsregeln bezieht. Folgende, aus dem älteren Römiſchen Recht hergenommene Fälle werden dieſen Satz einleuchtend machen.

Die Sabinianer rechneten die Pubertät von der Zeugungsfähigkeit an, die Proculejaner (ſo wie Juſtinian) von Vierzehen Jahren (b). Wenn nun ein Proculejaner von einem Vierzehenjährigen, der noch nicht zeugungsfähig war, eine Sache kaufte, ſo glaubte er ſogleich Eigenthümer zu werden. Entſtand aber nach Jahren Streit über dieſes Eigenthum, ſo war der Prätor, der den Prozeß durch ſeine Inſtruction leitete (oder deſſen juriſtiſcher Rathgeber), entweder ein Proculejaner oder ein Sabinianer. Im erſten Fall erkannte er jenem Käufer das Eigenthum ſchon von der Tradition oder Mancipation an zu. Im zweyten Fall konnte er dieſes freylich nicht, aber nun entſtand die Frage, ob dem Käufer nicht wenigſtens die Uſucapion zu gut komme? Allerdings mußte jener Prätor dem Käufer einen Rechtsirrthum zuſchreiben, allein für einen leichtſinnigen, durch bloße Erkundigung zu vermeidenden, Irrthum konnte er ihn gewiß nicht erklären, da ja die diversae scholae auctores doch auch für angeſehene Juriſten galten. Ich glaube alſo, daß ſelbſt der Sabinianiſche Prätor in dieſem Fall die Uſucapion zulaſſen mußte, nach dem (von dem Schulenſtreit ganz unabhängi-

(b) Ulpian. XI. § 28. Vergl. das Syſtem § 109.

gen) Ausſpruch des Labeo: ut, *cui facile sit scire*, ei detrimento sit juris ignorantia (Num. III. Note k).

Ganz ähnliche Fälle ſind folgende. Das unter einer unmöglichen Bedingung gegebene Legat erklärten die Proculejaner für ungültig, die Sabinianer (und eben ſo Juſtinian) für gültig (c). Hatte nun ein Sabinianiſcher Legatar mehrere Jahre hindurch ein ſolches Legat beſeſſen, ſo konnte ihm ein Proculejaniſcher Prätor wenigſtens die usucapio pro legato nicht verſagen. — Eben ſo bey dem alten Streit, ob der Niesbrauch einer Sklavin dem Fructuar das Eigenthum an den Kindern dieſer Sklavin gewähre (d). Der Prätor, der dieſes auch nicht annahm, mußte dennoch dem Fructuar die usucapio pro suo geſtatten.

War nun ſchon bey den Römern die Uſucapion nicht allgemein wegen eines Rechtsirrthums zu verwerfen, ſo muß dieſes in noch ausgedehnterer Weiſe für unſer heutiges Recht anerkannt werden (Num. IV.) (e).

XVII.

Bey den auf das Erbrecht bezüglichen juriſtiſchen Handlungen hat der Irrthum eine etwas ausgedehntere Einwirkung, als bey den Geſchäften des Verkehrs unter Lebenden.

(c) Gajus Lib. 3 § 98.

(d) *L.* 68 *pr. de usufructu* (7. 1.). Cicero de finibus I. 4.

(e) Mit dieſer Anſicht, daß der Rechtsirrthum über einen controverſen Rechtsſatz die Uſucapion nicht ausſchließe, ſtimmen auch ſchon ältere Rechtslehrer überein. Gilken de usucapionibus P. 2 membr. 1. Cap. 3 Num. 2.

Dieſes zeigt ſich zunächſt bey den Verfügungen des Erblaſſers in folgenden Fällen:

1) Das Teſtament iſt nichtig, wenn der Teſtator über ſeinen perſönlichen Rechtszuſtand im Irrthum, oder auch nur im Zweifel iſt (a).

2) Die Erbeinſetzung iſt in der Regel von dem bloßen (unförmlichen) Willen unabhängig, und unterſcheidet ſich dadurch von den Legaten, von welchen ſogleich die Rede ſeyn wird. Daher wird ſie, abweichend von den Legaten, durch einen unförmlichen Widerruf nicht entkräftet (b). Eben ſo aber ſchadet ihr auch in der Regel nicht ein bloßer Irrthum im Beweggrund (c). Von dieſem letzten Satz giebt es jedoch Zwey wichtige Ausnahmen:

(a) *L.* 14. 15. *qui test.* (28. 1.), Ulpian. XX. § 11. — Glück B. 22 S. 285.

(b) *L.* 22 *de adimendis* (34. 4.), *L.* 36 § 3 *de test. mil.* (29. 1.).

(c) Dieſes folgt aus dem in der vorhergehenden Anwendung (Note b) anerkannten Princip, woraus der Unterſchied zwiſchen Erbeinſetzung und Legat klar hervorgeht, und wozu ſich die folgenden Fälle als bloße ſinguläre Ausnahmen verhalten. Eine ſehr ſcheinbare Einwendung gegen die hier aufgeſtellte Regel liegt in *L.* 4 § 10 *de doli exc.* „Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, *et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*" Erklärt man den letzten Satz von einer Ausſchließung der hereditatis petitio, ſo iſt unſre Behauptung widerlegt; allein dieſe Erklärung muß verworfen werden, weil die doli exceptio bey einem dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen, Beſitzer völlig ohne Grund ſeyn würde. Die Stelle iſt vielmehr von einem einzelnen Anſpruch des wahren Erben, z. B. gegen einen Erbſchaftsſchuldner, zu erklären, deſſen Befreyung in dem Willen des Erblaſſers lag, und nur nicht durch ein rechtsgültiges Legat civilrechtliche Kraft erhalten hat, alſo von ſolchen Fällen wie der in *L.* 6 § 1 *de pecul. leg.* (33. 8.) erwähnte.

A. Die Erbeinſetzung iſt ungültig, wenn ſie bewirkt wurde durch die irrige Annahme, daß ein Inteſtaterbe oder ein früher eingeſetzter Erbe verſtorben ſey (d).

B. Sie iſt ungültig, wenn ſie ſich gründet auf die irrige Annahme einer Verwandtſchaft zwiſchen dem Erblaſſer und dem eingeſetzten Erben. Bezieht ſich dieſe irrige Erbeinſetzung auf ein vermeyntliches, aber untergeſchobenes Kind des Teſtators, ſo liegt darin eine Indignität, und die Erbſchaft fällt an den Fiscus (e); in allen anderen Fällen gilt die Erbeinſetzung als nicht geſchrieben (f).

(d) *L.* 28 *de inoff.* (5. 2.), *L.* 92 *de her. inst.* (28. 5.). Die Legate und andere Nebenbeſtimmungen des auf jenem Irrthum beruhenden Teſtaments werden aufrecht erhalten. Man ſah es freylich nicht als eine gewöhnliche Rechtsregel an, ſondern als eine frey eingreifende Billigkeit; daher wird in beiden Stellen erwähnt, daß der Kaiſer auf dieſe Weiſe zu Hülfe gekommen ſey.

(e) *L.* 46 *pr. de j. fisc.* (49. 14.), *L.* 4 *C. de her. inst.* (6 24.) „*auferendam* ei successionem." Der Grund der abweichenden Behandlung dieſes Falles liegt darin, daß durch die Drohung der Confiscation dem Verbrechen der Unterſchiebung entgegen gewirkt werden ſoll. — Wären dieſe Stellen nicht ſo ſehr beſtimmt, ſo könnte man nach *L.* 1 § 11 *de Carbon. ed.* (37. 10.) annehmen, auch die Einſetzung eines untergeſchobenen Kindes ſey pro non scripta, wodurch das Recht des Fiscus ausgeſchloſſen würde. Man muß nun den Ausdruck dieſer letzten Stelle als einen ungenauen anſehen, ſo daß der beſtimmtere Erfolg allein aus den vorher angeführten Stellen zu entnehmen iſt. Vielleicht iſt auch das Recht des Fiscus erſt nach der Zeit des Ulpian eingeführt, von welchem *L.* 1 § 11 *cit.* herrührt; die *L.* 46 *de j. fisci* iſt von Hermogenian.

(f) *L.* 7 *C. de her. inst.* (6. 24.). Der Fall dieſer ſehr beſtrittenen Stelle muß ſo gedacht werden. Ein Peregrinus hatte einen Andern als Bruder adoptirt, dann waren Beide Römiſche Bürger geworden, und der Adoptirende hatte den vermeyntlichen Bruder zum Erben eingeſetzt. Die Kaiſer erklären die Erbeinſetzung für ungültig, weil die vorausgeſetzte brüderliche Verwandtſchaft gar nicht vorhanden

3) Die Enterbung eines ächten Sohnes, den der Teſtator irrig für unächt hält, iſt ungültig (g). Eben ſo auch die in einer allgemeineren Formel ausgedrückte Enterbung eines Sohnes, der aus Irrthum für verſtorben gehalten wird (h).

4) Auch ein Legat wird in der Regel durch den bloßen Ausdruck eines irrigen Beweggrundes nicht entkräftet,

ſey, indem ſelbſt unter Peregrinen Niemand als Bruder adoptirt werden könne. Die ſpäter erworbene Civität muß in den Fall der Stelle hinein interpretirt werden; denn wenn (wie Manche wollen) die fortdauernde Peregrinität der Grund der ungültigen Erbeinſetzung wäre, ſo würde gewiß dieſer einfachſte Grund namhaft gemacht ſeyn, durch welchen ja die irrige Meynung des Teſtators zu einem ganz gleichgültigen Umſtand werden würde. — Daſſelbe Princip liegt zum Grunde in *L.* 5 *C. de testam.* (6. 23.). Denn wenngleich dieſe Stelle vielleicht urſprünglich auf den Fall eines Legats gegangen ſeyn mag („non *deberi*"), ſo hat ſie doch durch ihre Aufnahme in den Titel de testamentis eine allgemeinere Bedeutung bekommen, und es iſt kein nothwendiger Grund vorhanden, ihre Beweiskraft für die Erbeinſetzung dadurch zu beſeitigen, daß man ſie (wie Manche wollen) für eine lex fugitiva erklärt. — Fälſchlich würde man zur Widerlegung unſrer Behauptung anführen *L.* 33 *pr. de cond.* (35. 1.), denn dieſe ſpricht von der falsa demonstratio, die von der falsa causa weſentlich verſchieden iſt.

(g) *L.* 14 § 2 *L.* 15 *de lib. et posth.* (28. 2.).

(h) *L.* 25 *pr. de lib. et posth.* (28. 2.). Ein Teſtator hatte geſagt: ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto; Einen Sohn hatte er aber fälſchlich für todt gehalten. Paulus erklärt nun, dieſer Sohn könne zwey Gründe für ſich geltend machen wollen: a) die mangelhafte Form der Enterbung, da dieſe hätte nominatim geſchehen müſſen (*pr. J. de exher.* 2. 13.); dieſer Grund ſey jedoch hier unhaltbar, da die angeführte Enterbung für nominatim geſchehen gelten müſſe. b) Den Irrthum über den Tod; dieſer Grund ſey an ſich entſcheidend, und es komme nur darauf an, das Daſeyn der behaupteten falſchen Vorausſetzung vor Gericht zu erweiſen.

weil der Erblaſſer zugleich durch andere, nur nicht ausgedrückte, Gründe beſtimmt ſeyn kann (i). Wenn jedoch aus den Umſtänden ſicher hervorgeht, daß ohne jenen Irrthum das Legat nicht gegeben ſeyn würde, ſo ſteht dem Legatar eine doli exceptio entgegen (k). Dieſe iſt nur eine einzelne Anwendung der allgemeineren Regel, daß der Legatar, dem der erweisliche Wille des Verſtorbenen entgegenſteht, durch die doli exceptio ausgeſchloſſen wird (l); weshalb denn auch der unförmliche Widerruf eines Legats zur Begründung dieſer doli exceptio hinreicht (m). Hierin liegt alſo ein wichtiger, von Vielen verkannter, Unterſchied zwiſchen Erbeinſetzungen und Legaten (n).

5) Ungültig iſt endlich das Legat einer fremden Sache, wenn nicht der Teſtator wußte, das ſie eine fremde ſey, welches Bewußtſeyn vom Legatar bewieſen werden muß (o).

Wenngleich nun hier der Irrthum einen größeren Einfluß hat, als bey Verträgen, ſo würde es doch ganz unrichtig ſeyn, über die Gränzen der angegebenen Fälle hinaus zu gehen, und jedem Irrthum überhaupt eine gleiche Kraft beyzulegen. Geſetzt alſo, der Teſtator hätte dem eingeſetzten Erben Verdienſte oder andere Eigenſchaften zu-

(i) *L.* 17 § 2. 3 *L.* 72 § 6 *de cond.* (35. 1.), § 31 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 1—5 *C. de falsa causa* (6. 44.).

(k) *L.* 72 § 6 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 *in f. C. de falsa causa* (6. 44.).

(l) *L.* 4 § 10 *de doli exc.* (44. 4.), ſ. oben Note c.

(m) *L.* 22 *de adimendis* (34. 4.), *L.* 36 § 3 *de test. mil* (29. 1.).

(n) Über dieſe ganze Frage ſind zu vergleichen Ramos bey Meerman. V. 176, und Chesius, Jurispr. Rom. et Att. II. 723.

(o) § 4 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 67 § 8 *de leg.* 2 (31. un.).

geſchrieben, die dieſer in der That nicht beſäße, ſo wäre dennoch der Inteſtaterbe nicht berechtigt, deshalb das Teſtament als ungültig anzufechten.

Man darf mit dieſen Fällen nicht verwechſeln den ſcheinbar ähnlichen Fall, da der Teſtator einen Erben ernennt, den er für eine andere Perſon hält. Hier wird nicht, wie in jenen Fällen, die gewöhnliche Wirkung juriſtiſcher Thatſachen wegen des Irrthums modificirt, ſondern es iſt in Beziehung auf den wörtlich bezeichneten Erben gar kein Wille vorhanden, ſo daß dieſer Fall unter die des unächten Irrthums gehört (p).

XVIII.

Eben ſo zeigt ſich die Einwirkung des Irrthums bey den zum Erwerb der Erbſchaft führenden Handlungen auf folgende Weiſe. Iſt der berufene Erbe über die Art der Delation (aus letztem Willen oder geſetzlich u. ſ. w.) im Irrthum, ſo iſt ſeine ausdrückliche oder ſtillſchweigende Antretung (a) ſowohl, als ſeine Ausſchlagung der Erbſchaft ohne Wirkung (b). Auch hier wird die gewöhnliche Beſchränkung hinzugefügt, daß der Rechtsirrthum eine ſolche

(p) S. u. Num. XXXIV. und das Syſtem § 135. — In einem ſolchen Fall alſo gilt weder der Ausgeſprochene als Erbe, weil er nicht gemeynt iſt, noch der Gemeynte, weil er nicht ausgeſprochen iſt. *L.* 9 *pr. de her. inst.* (28. 5.).

(a) Die Ungültigkeit der irrigen pro herede gestio könnte nun zugleich auf das allgemeinere Princip der irrigen ſtillſchweigenden Willenserklärungen zurückgeführt werden (Num. XII.).

(b) *L.* 13 § 1 *L.* 14. 15. 16. 19. 22. 23. 32. 33. 34. *de adquir. hered.* (29. 2.).

Wirkung nicht hervorbringe (c). — Jeder andere Irrthum dagegen kann dem antretenden Erben nicht zu gut kommen. Insbeſondere nicht der vorzüglich wichtige Irrthum über den reinen Werth des erbſchaftlichen Vermögens. In einem ſolchen Fall gab einmal Hadrian, aus durchgreifender Billigkeit, dem irrenden Erben Reſtitution: Gordian erhob dieſelbe bey Soldaten zu einer allgemeinen Rechtsregel: Juſtinian aber machte jede Hülfe dieſer Art auf einem andern Wege entbehrlich, indem er jeden Erben, der ein Inventarium macht, von allem Überſchuß der Schulden über das active Erbſchaftsvermögen befreyte. Jetzt fällt alſo auch jene Reſtitution des irrenden Erben als überflüſſig im Allgemeinen hinweg, und iſt nur wieder dem Soldaten, der das Inventarium verſäumt, vorbehalten (d); in dieſem Fall aber betrifft ſie nicht mehr, wie früher, die unvorſichtige Handlung, ſondern die bloße Unterlaſſung. Die Richtigkeit dieſer Behauptung, daß jeder andere Irrthum

(c) *L.* 2 *C. h. t.*

(d) Gajus Lib. 2 § 163, § 5. 6 *J. de hered. qualit.* (2. 19.). Die im Text enthaltenen Sätze ſtellen den wahren Sinn und Zuſammenhang der Inſtitutionenſtelle dar. Es iſt alſo irrig, wenn Manche glauben, es gelte noch außer und neben dem beneficium inventarii eine allgemeine Reſtitution des unvorſichtig antretenden Erben. (So Burchardi Wiedereinſatzung S. 388). Allerdings wollte Juſtinian, wie er ausdrücklich ſagt, dem berufenen Erben gründlicher helfen, als es Hadrian und Gordian gethan hatten: nur nicht durch Erweiterung der Reſtitution, ſondern durch ein ganz anderes Mittel. In Juſtinians Sinn müſſen wir ſagen: entweder hat der Erbe ein Inventarium gemacht, dann braucht er keine Reſtitution; oder er hat es unterlaſſen, dann verdient er ſie nicht. Der Soldat freylich ſollte auch durch dieſe Unterlaſſung nicht leiden (Num. XXXIII.).

des antretenden Erben gleichgültig ist, bewährt sich noch in dem besondern Fall, da der Patron die Testamentserbschaft seines Freygelassenen antritt, dessen große Veräußerungen er nicht kannte; in diesem Fall würde dem Patron die Anfechtung des Testaments vortheilhafter gewesen seyn, und dennoch muß es bey der erklärten Antretung verbleiben (e).

Wenn die Erbschaftsgläubiger eine Separation der Erbschaft auswirken, die sich hinterher als nachtheilig zeigt, so können sie, bey vollständiger Rechtfertigung ihres Irrthums, Restitution erlangen (f).

Fassen wir alle diese Bestimmungen zusammen, so müssen wir allerdings bey erbschaftlichen Handlungen dem Irrthum einen größeren Einfluß zuschreiben, als bey Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs. Allein es ist doch nur eine etwas größere Zahl einzelner Fälle, worin der Irrthum ausnahmsweise wirkt. Und so erscheint auch hier das allgemeinste Princip festgehalten und bestätigt, daß der Irrthum an sich das Daseyn des freyen Willens nicht ausschließt, also auch den Wirkungen desselben im Allgemeinen nicht im Wege steht.

XIX.

Im älteren Römischen Prozeß kamen mehrere Handlungen vor, die schon für sich allein eine strenge formelle

(e) *L.* 3 *pr. si quid in fraud. patr.* (38. 5.).

(f) *L.* 1 § 17 *de separat.* (42. 6.).

Wirkung mit ſich führten, und daher dem Handelnden, wenn ſie unvorſichtigerweiſe vorgenommen wurden, großen Schaden bringen konnten. Gegen dieſen Nachtheil aber konnte ihm Hülfe gewährt werden nach den Grundſätzen vom Irrthum; das heißt alſo wenn der Irrthum nicht nur ſeinem Daſeyn nach dargethan werden konnte, ſondern auch weder ein Rechtsirrthum, noch ein leichtſinniger factiſcher Irrthum war. Die Hülfe aber beſtand hier nicht in einer beſonderen Klage, wodurch ja der Gang des früheren Prozeſſes nur hätte erſchwert und verwirrt werden können, ſondern in einer Reſtitution, die hier, wo ſich ohnehin ſchon die Parteyen vor dem Prätor befanden, gewiß die angemeſſenſte Form war. Die Fälle ſelbſt, wie ſie in unſren Rechtsquellen vorkommen, ſind folgende.

1. Jedes Klagerecht wurde durch die angebrachte Klage conſumirt, oft auch wenn man eine unrichtige Perſon als Gegner gewählt hatte. Dieſes geſchah namentlich durch die Klage gegen einen Pupillen, bey welcher ein falsus tutor die auctoritas gegeben hatte; dagegen gab aber der Prätor Reſtitution (a). — Eben ſo geſchah es, wenn eine Erbſchaftsſchuld gegen einen der Miterben, der ſich fälſchlich für den einzigen Erben ausgegeben hatte, ganz eingeklagt wurde. Dieſer war nun wirklich für das Ganze verpflichtet, gegen die Miterben war die Klage conſumirt. War nun aber jener, theilweiſe falſche, Beklagte inſolvent,

(a) *L.* 1 § 6 *L.* 2—6 *quod falso* (27. 6.). Litisconteſtation § 68. Burchard. (27. 6.). Vgl. Keller di Wiedereinſetzung § 21.

XX.

In Anwendung auf Delicte (a) erscheint die Lehre vom Irrthum auf folgende eigenthümliche Weise.

Es giebt Delicte, deren Begriff zunächst nur auf die Erscheinung eines äußeren Ereignisses gegründet ist, so daß dabey die Freyheit des Handelnden zwar auch als nöthig, aber doch als untergeordnet erscheint. Bey diesen ist Dolus und Culpa strafbar; so bey dem Todschlag, obgleich mit verschiedenem Grade der Strafbarkeit: so auch bey der actio legis Aquiliae, bey welcher selbst die Höhe der Strafe von jenem Unterschied unabhängig ist. — Dagegen giebt es andere Delicte, zu deren Begriff und Thatbestand der rechtswidrige Wille, also auch das Bewußtseyn der Rechtsverletzung, gehört, so daß in dessen Ermanglung gar kein Delict vorhanden ist. Bey diesen kann es nicht einmal einen Unterschied machen, ob der den Dolus ausschließende Irrthum durch die Umstände gerechtfertigt ist oder nicht, also auch ob er factisch oder ein Rechtsirrthum ist. Denn der Dolus ist eine Thatsache, deren Daseyn durch den Irrthum jeder Art ausgeschlossen wird.

(a) Ich gebrauche hier der Kürze wegen diesen Ausdruck, und verstehe darunter sowohl das öffentliche Verbrechen (crimen), als das Privatdelict, das heißt die Rechtsverletzung, welche im Privatrecht die eigenthümliche Wirkung einer actio quae *poenae causa* datur hervorbringt; es mag nun diese Klage zum Inhalt haben eine Strafe (wie die furti actio), oder bloßen Schadensersatz (wie die doli actio), oder beides zugleich (wie vi bonorum raptorum). Beide Fälle hier zusammen zu fassen, wird dadurch nothwendig, daß die Behandlung des Irrthums in beiden völlig dieselbe ist.

Indeſſen iſt hierin noch folgender Unterſchied wohl zu beachten. Wenn der Handelnde das Strafgeſetz kennt, aber durch einen Rechtsirrthum über die ſtrafbare Beſchaffenheit ſeiner Handlung getäuſcht wird, ſo iſt der eben aufgeſtellte Satz allgemein wahr. Anders, was die Kenntniß des Strafgeſetzes ſelbſt betrifft. Dieſe wird bey Jedem gefordert und vorausgeſetzt, und ihr Mangel ſchließt den Dolus und die Strafbarkeit nicht aus. Von dieſer Strenge ſind nur gewiſſe Klaſſen von Perſonen ausgenommen, denen auch die Rechtsunwiſſenheit überhaupt nachgeſehen wird; dahin gehört Minderjährigkeit, weibliches Geſchlecht, Rusticitas und Soldatenſtand. Jedoch ſind auch dieſe Klaſſen nur bey denjenigen Strafgeſetzen ausgenommen, welche eine mehr poſitive Natur haben (juris civilis), nicht bey denen, welche ſchon dem natürlichen Rechtsgefühl einleuchten (juris gentium) (b). Der Ausdruck juris ignorantia nun iſt zweydeutig, indem er an ſich ſowohl auf die ſtrafbare Natur der Handlung, als auf die Unbekanntſchaft mit dem Strafgeſetz bezogen werden kann; die juris ignorantia im erſten Sinn alſo wird jedes doloſe Delict ausſchließen, die im zweyten Sinn dagegen nur in den beſchränkten Fällen der angegebenen Ausnahmen. Durch dieſe Zweydeutigkeit des Ausdrucks ſind manche ſcheinbare Widerſprüche in unſren Rechtsquellen aufzulöſen (c).

(b) Der Unterſchied iſt deutlich anerkannt in *L.* 38 § 2. 4 *ad L. J. de adult.* (48. 5.), *L.* 2 *C. de in jus voc.* (2. 2.), welche Stellen im Num. XXI., bey den einzelnen Delicten, benutzt werden ſollen.

(c) Coll. LL. Mos. et Rom.

Dieſe Grundſätze kommen in unſren Rechtsquellen nirgend in der Allgemeinheit vor, worin ſie hier aufgeſtellt worden ſind; dagegen werden ſie in folgenden einzelnen Anwendungen zum Theil ſo beſtimmt und unverkennbar vorausgeſetzt, daß wir berechtigt ſind, dieſe beſtimmteren Vorſchriften theilweiſe auch auf diejenigen Fälle anzuwenden, worüber wir weniger genau beſtimmte Vorſchriften beſitzen.

XXI.

Zum Begriff des Diebſtahls gehört rechtswidrige, und zwar insbeſondere gewinnſüchtige Abſicht. Wer nun dem Andern eine Sache entwendet, die er irrigerweiſe für ſeine eigene hält, begeht keinen Diebſtahl, und macht die Sache nicht zur res furtiva, ſelbſt wenn er durch Rechtsirrthum zu jener Meynung gekommen wäre; z. B. wenn er den Nießbrauch einer Sklavin hat, und an dem Kind derſelben aus Rechtsirrthum Eigenthum zu haben meynt (a). Die

I. § 12 (von Modeſtin): „Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus juris civilis venia tribui solet, *si modo rem facti quis, non juris ignoret:* quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet. Propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur." Hier wird unzweifelhaft unter der juris ignorantia, die niemals entſchuldigen ſoll, die Unbekanntſchaft mit dem Strafgeſetz verſtanden, und auch dafür blos die Regel vorgetragen, mit Übergehung der perſönlichen Ausnahmen, die dadurch nicht etwa von Modeſtin verneint werden ſollen. Das Nonnunquam bezieht ſich darauf, daß die Strafloſigkeit ſelbſt des factiſchen Irrthums nicht für alle Delicte behauptet werden kann, ſondern nur für die dolosen.

(a) § 5 *J. de usuc.* (2. 5.), *L.* 36 § 1 *L.* 37 *pr. de usurp.* (41. 3.).

Unbekanntſchaft mit dem Strafgeſetz gegen den Diebſtahl würde ihn, da der Diebſtahl ſchon nach dem jus gentium verboten iſt, ſelbſt dann nicht ſchützen, wenn er zu jenen begünſtigten Klaſſen von Perſonen gehörte (Num. XX.).

Eben ſo, wer eine Sache, die er für ſein hält, mit Gewalt wegnimmt, unbekannt mit dem Verbot der Selbſthülfe, iſt frey von der actio vi bonorum raptorum, weil zu dieſer das Bewußtſeyn der Eigenthumsverletzung erfordert wird. Um dieſer Entſchuldigung zu begegnen, haben daher die Kaiſer auch ſchon die bloße Selbſthülfe mit ſchwerer Strafe bedroht (b). Offenbar liegt dabey die Vorausſetzung zum Grunde, die Unbekanntſchaft mit dem Geſetz gegen die Selbſthülfe befreye nicht von der Strafe der Selbſthülfe, ſo wie die Unbekanntſchaft mit dem Edict vi bonorum raptorum nicht von dieſer prätoriſchen Strafklage befreye. Beide Strafbeſtimmungen hatten auch nicht einmal eine ſtreng poſitive Natur, ſie waren vielmehr in dem natürlichen Rechtsgefühl gegründet.

Der Inceſt wird natürlich immer ausgeſchloſſen durch die factiſche Unbekanntſchaft mit dem Verwandtſchaftsverhältniß (c). Dagegen ſoll der Rechtsirrthum, das heißt die Unbekanntſchaft mit dem Eheverbot, nur ausnahmsweiſe entſchuldigen: 1. die Frauen, jedoch nur wenn der Inceſt juris civilis, nicht gentium, alſo begangen mit Seitenverwandten, nicht mit Aſcendenten oder Deſcendenten,

(b) § 1 *J. de vi bon. rapt.* (c) *L.* 4 *C. de incestis* (5. 5.). (4. 2.).

iſt (d); 2. die minderjährigen Männer, und zwar unter derſelben Einſchränkung wie die Frauen (e).

Das Sc. Turpillianum verbietet unter Strafe den Anklägern, von ihrer Anklage ohne ausgewirkte obrigkeitliche Abolition zurück zu treten. Dieſes Strafgeſetz iſt ganz poſitiver Art, weshalb Frauen und Minderjährige wegen Rechtsunwiſſenheit von der Strafe deſſelben Befreyung erhalten (f).

Die doloſe Beſchädigung obrigkeitlicher Edicte war mit einer Strafe von 500 aurei bedroht (g), und dieſe Strafe konnte durch ihre Höhe als eine völlig poſitive Beſtimmung

(d) *L.* 38 *pr.* § 2. 4. 7 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), vgl. mit *L.* 68 *de ritu nupt.* (23. 2).

(e) *L.* 38 § 4. 7 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), *L.* 4 *C. de incestis* (5. 5.). — Wörtlich iſt hier von incestus juris civilis Nichts geſagt; dennoch können wir dieſe Beſchränkung hinzu denken wegen der völligen Zuſammenſtellung mit den Frauen. Daß ſie nicht ausdrücklich erwähnt iſt, mag aus der äußerſten Seltenheit des incestus juris gentium bey minderjährigen Männern erklärt werden. Denn mit der Mutter (alſo der älteren Frau) wird er nicht vorkommen, und eine Tochter, die des Inceſts fähig wäre, kann er ſchon ſeinen Jahren nach nicht haben. — In *L.* 38 § 4 *cit.* muß übrigens ſtatt Claudiae geleſen werden Claudio, da offenbar von einem Mann die Rede iſt, wie der nachher folgende Gegenſatz zeigt.

(f) *L.* 1 § 10 *L.* 4 *pr. ad Sc. Turpill.* (48. 16.). Der § 10 enthält zwey verſchiedene Erwähnungen der ſtraſloſen Frauen: 1. wenn ihre Anklage ohnehin ungültig iſt, als nicht auf eigenes Intereſſe gegründet, 2. (am Schluß) ganz allgemein, wobey die Frauen mit den Minderjährigen zuſammengeſtellt werden. Die erſte (beſchränktere, aber beſonders einleuchtende) Erwähnung beruft ſich auf ein Reſponſum des Papinian, und dieſes Reſponſum ſteht eben in der angeführten *L.* 4 *pr. eod.*, weshalb aber auch in dieſer anſtatt injuriae propriae emendirt werden muß injuriae *non* propriae, wie ſchon Cujacius bemerkt hat.

(g) *L.* 7 *pr. de jurisd.* (2. 1.).

angeſehen werden. Deshalb wurde hier dem Erforderniß des Dolus eine größere Ausdehnung als in anderen Fällen gegeben. Es ſollte daher der Thäter durch allgemeine Rechtsunwiſſenheit oder durch gänzlichen Mangel an Bildung von der Strafe befreyt werden (h).

Das Teſtament eines Ermordeten ſollte bey Strafe von 100 aurei nicht eher eröffnet werden, als die Sklaven deſſelben gefoltert wären, damit nicht durch die im Teſtament vielleicht enthaltene Freylaſſung ſolcher Sklaven die Folter verhindert werden möchte (i). Die Strafe war durch den Dolus des Thäters bedingt, und wegen der ganz poſitiven Natur des Strafgeſetzes wurde dieſelbe Befreyung geſtattet, wie bey dem vorhergehenden Fall (k).

Wer aus Rechtsunwiſſenheit die Zollgeſetze übertritt, wird dadurch von der Strafe um ſo weniger frey, als dieſelbe überhaupt nur durch die materielle That, nicht durch Dolus, bedingt iſt (l). Nur der Minderjährige bleibt

(h) *L.* 7 § 4 *de Jurisd.* (2. 1.) „. . . si per imperitiam vel rusticitatem . . . aliquis fecerit, non tenetur." Imperitia iſt die Unbekanntſchaft mit dem Recht und den Geſchäften, die mit anderer Art von Bildung wohl beſtehen kann, und damit ſind, nach der Analogie anderer Stellen, Frauen und Minderjährige, auch wohl Soldaten, gemeynt. Rusticitas iſt die allgemeine Rohheit und Unbildung, wie ſie in der unterſten Klaſſe häufig vorkommt.

(i) *L* 25 § 2 *de Sc. Silan.* (29. 5.).

(k) *L.* 3 § 22 *de Sc. Silan.* (29. 5.) „Et si sciens, non tamen dolo aperuit, neque non tenebitur: si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, *ignarus Edicti Praetoris vel Scti,* aperuit."

(l) *L.* 16 § 5 *de publicanis* (39. 4.).

von der Strafe ausgenommen, wenn ihm nicht Dolus besonders nachgewiesen werden kann (m).

Wer einer in jus vocatio nicht Folge leistet, wird zu einer willkührlichen Geldstrafe verurtheilt, wovon jedoch gänzliche Unbildung befreyt (n).

Der Schreiber, dem ein Testament dictirt wird, soll bey schwerer Strafe kein ihm selbst angewiesenes Legat niederschreiben. Dagegen sollte Rechtsunwissenheit weniger als in anderen Fällen schützen (o). Soldaten zwar waren auch hier allgemein befreyt (p), Frauen aber nur unter besonderen entschuldigenden Umständen (q).

Wer eine Frau innerhalb des Trauerjahres heurathet, wird infam; dagegen schützt nur die Unwissenheit über die Thatsache, nicht der Rechtsirrthum (r).

Der Freygelassene, der sich eine in jus vocatio gegen den Patron erlaubt, wird bestraft. Dagegen schützt selbst gänzliche Unbildung nicht, weil schon das natürliche Gefühl der Ehrfurcht ihn zurückhalten mußte (s).

(m) *L.* 9 § 5 *de minor.* (4. 4.) Der Vorbehalt des Dolus ist eigentlich keine Ausnahme, da durch den erwiesenen Dolus die behauptete Rechtsunwissenheit von selbst widerlegt ist.

(n) *L.* 2 § 1 *si quis in jus. voc.* (2. 5.).

(o) *L.* 15 *pr. ad L. Corn. de falsis* (48. 10.).

(p) *L* 5 *C. de his qui sibi adscrib.* (9. 23.). Nämlich befreyt von der Strafe, nicht von der Ungültigkeit des Legats.

(q) *L.* 15 § 5 *ad L. Corn. de falsis* (48. 10.).

(r) *L.* 1 *L.* 11 § 4 *de his qui not.* (3. 2.). In diesen Stellen ist blos von dem Mann die Rede, Die Frau selbst aber hatte gewiß auch keine Strafloſigkeit, weil dieſes Verbot nichts weniger als poſitiv war, und gerade den Frauen vorzugsweiſe einleuchten mußte.

(s) *L.* 2 *C. de in jus voc.*

Dem Vormund iſt unter Strafe verboten, ſeine vormalige Mündel für ſich oder ſeinen Sohn zur Ehefrau zu nehmen. Dagegen ſchützt auch nicht imperitia und rusticitas (t).

Die Frau, die es unterläßt einen Vormund für ihr Kind zu erbitten, wird beſtraft, und dagegen ſchützt ſie nur Minderjährigkeit, nicht die allgemeine Rechtsunwiſſenheit des Geſchlechts, ohne Zweifel weil ſie als Mutter zur äußerſten Sorgfalt durch die Natur aufgefordert war (u).

Der Senator, der eine Freygelaſſene zur Frau nahm, war mit Strafen bedroht, wenn er es sciens dolo malo that (v). Dagegen ſchützte ihn natürlich nicht die Unbekanntſchaft mit dem Geſetz, wohl aber der Irrthum über den Stand der Frau, vorausgeſetzt jedoch daß ſelbſt dieſer Irrthum nicht leicht zu vermeiden, alſo nicht tadelnswerth war (w).

XXII.

Bisher iſt die Beziehung des Irrthums zum Dolus

(2. 2.) „Nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur."

(t) *L.* 1 *C. de interdicto matrim.* (5. 6.).

(u) *L.* 2 *C. si adv. del.* (2. 35.), vgl. *L.* 8 *C. qui pet.* (5. 31.).

(v) *L.* 44 *pr. de ritu nupt.* (23. 2.).

(w) *L.* 6 *h. t.* Die Beziehung dieſer Stelle auf das Eheverbot zwiſchen dem Senator und der Freygelaſſenen folgt aus der Inſcription. Heineccius ad L. Jul. p. 442. Aus gleichem Grunde gehört eben dahin *L.* 5 *h. t.*, welche ſagen will, es komme nur auf Wiſſen oder Nichtwiſſen des Senators ſelbſt, nicht auf das der Frau, bey Beurtheilung ſeiner Strafbarkeit an. Vgl. oben Num. I. Note b.

bey den Delicten nachgewieſen worden. Eine gleichartige Beziehung aber kommt auch bey einigen Rechtsinſtituten vor, worin der Dolus nicht ſelbſt als Delict erſcheint, ſondern nur andere Rechtsverhältniſſe modificirt. Wegen dieſer Gleichartigkeit wird es zweckmäßig ſeyn, davon an dieſer Stelle zu reden.

Bey der hereditatis petitio und bey der rei vindicatio macht es, wenn der Kläger Recht behält, einen großen Unterſchied, ob der Beklagte ein b. f. oder ein m. f. possessor iſt, unter welchen letzten Fall insbeſondere auch der praedo gehört, das heißt der Beſitzer, welcher ſeinen Beſitz nicht einmal durch einen angeblichen Titel zu beſchönigen weiß. Das Bewußtſeyn des redlichen Beſitzers kann ſich nun entweder gründen auf einen factiſchen Irrthum über die früheren Schickſale der Sache, oder auf einen Rechtsirrthum. Wenden wir auf dieſen letzten Fall dieſelbe Beurtheilung, wie bey den Delicten (Num. XXI.) an, ſo ergeben ſich als unzweifelhaft folgende Sätze. Niemand kann ſich darauf berufen, daß er die Rechtsregeln über den unredlichen Beſitz und deſſen nachtheilige Folgen nicht gekannt habe. Hat aber der Beſitzer über die Regeln des Eigenthumserwerbs geirrt, und ſich deswegen das Eigenthum fälſchlich zugeſchrieben, ſo iſt er darum nicht weniger ein redlicher Beſitzer, denn dieſer Zuſtand iſt eine Thatſache, die durch den Rechtsirrthum, woraus ſie entſtanden ſeyn mag, nicht ungeſchehen gemacht werden kann. Dieſer prak-

tiſch wichtige Satz wird nun in folgender Stelle auf das Deutlichſte anerkannt.

L. 25 § 6 *de hered. petit.* (5. 3.) „Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel, cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem, *qui dolo caret, quamvis in jure erret.*"

Es iſt wohl zu bemerken, daß die Rechtsſätze, über welche hier ein Irrthum vorausgeſetzt wird, nicht etwa verwickelte und beſtrittene, ſondern einfache und gewiſſe ſind: die bekannten Formen des Teſtaments, und noch mehr die Ordnung worin die Agnaten zu der Inteſtaterbfolge berufen werden. Dennoch wird ein ſo Irrender unbedingt als redlicher Beſitzer anerkannt. — Hier zeigt ſich nun auch recht deutlich die Unbrauchbarkeit des oben (Num. VIII.) beurtheilten Princips, nach welchem der Rechtsirrthum zwar ſoll Schaden abwehren, aber nicht Gewinn bringen können. Der redliche Beſitz hat bey den oben angeführten Klagen zweyerley Folgen: er wendet Schaden ab, indem der unredliche Beſitzer auch nicht gewonnene Früchte, und auch den Werth der verſchenkten oder verſchwendeten Sachen vergüten muß (a); er bringt Gewinn, indem der redliche Beſitzer den Werth der verzehrten oder verkauften Früchte als Bereicherung behalten darf, die der unredliche Beſitzer

(a) *L.* 25 § 2. 4. 11. 15 *de hered. petit.* (5. 3.).

zu vergüten hat (b). Da nun nach der oben mitgetheilten Stelle der redliche Beſitz, ungeachtet des Rechtsirrthums, unbedingt als vorhanden anerkannt wird, ſo iſt eben dadurch dem Rechtsirrthum die Kraft zugeſchrieben, nicht nur die Abwendung des Schadens, ſondern auch die Erwerbung eines reinen Gewinns zu vermitteln.

XXIII.

Eine ähnliche, vielleicht noch wichtigere, Frage entſteht für die Beziehung des Irrthums auf die Klagverjährung. Dieſe Beziehung kommt auf zweyerley Weiſe vor: bey dem Irrthum des Klagberechtigten, wovon weiter unten, bey den Unterlaſſungen, die Rede ſeyn wird (Num. XXV.); bey dem des Beklagten, welcher Irrthum hier zu erwägen iſt, indem er mit einer delictähnlichen Handlung des Beklagten in Verbindung ſteht.

Die Klagverjährung wird größtentheils vom Römiſchen Recht als bloße Verſäumniß des Klagberechtigten behandelt, ganz ohne Rückſicht auf das Verhalten des möglichen Beklagten. Nur zu der longi temporis praescriptio war es nöthig, daß der Beſitzer gerade ſo beſitze, wie zum Zweck der Uſucapion, alſo mit redlichem Bewußtſeyn und mit einem Titel des Beſitzes. Dabey alſo müſſen unzweifelhaft, auch in Beziehung auf den Irrthum, und namentlich den Rechtsirrthum, genau dieſelben Re-

(b) § 35 *J. de rer. divis.* (2. 1.), § 2 *J. de off. jud.* (4. 27.).

geln angewendet werden, welche eben über den Irrthum bey der Uſucapion aufgeſtellt worden ſind (Num. XV. XVI.).

Allein das canoniſche Recht hat für die Verjährung zwey neue und wichtige beſchränkende Regeln aufgeſtellt: die bona fides ſoll bey jeder Verjährung nöthig ſeyn, und ſie ſoll während der ganzen Verjährungsfriſt fortdauern (a), anſtatt daß ſie das Römiſche Recht, da wo ſie überhaupt nöthig war (bey der Uſucapion und l. t. praescriptio) doch nur für den Anfang des Beſitzes erforderte. Was nun die erſte neue Beſtimmung betrifft, ſo iſt anzunehmen, daß das canoniſche Recht, abweichend von dem Römiſchen Sprachgebrauch, unter praescriptio jede durch Zeitlauf bewirkte Rechtsänderung begreift, alſo die Uſucapion und die Klagverjährung zugleich; und als Klagverjährung nicht blos die longi temporis praescriptio, ſondern gewiß auch die dreyßigjährige, welche die wichtigſte unter allen iſt. Jedoch dieſe, nach der richtigern Meynung, nicht in allen Fällen, ſondern nur inſofern ſie zum Schutz eines Beſitzverhältniſſes des Beklagten geltend gemacht wird (b). Daher ſchließt das unredliche Bewußt-

(a) *C.* 5 und *C.* 20 X. *de praescript.* (2. 26.). — Die aus Auguſtin genommene Stelle c. 5 C. 34 q. 1 ſagt nur, daß der Anfangs redliche Beſitzer durch ſpäteres Bewußtſeyn des fremden Rechts ein injustus oder m. f. possessor werde. Das iſt auch ſchon nach R. R. wahr, aber es folgt daraus noch nicht die Unterbrechung der Verjährung. Gratian ſelbſt trägt vielmehr noch das reine Römiſche Recht vor. (Additio ad c. 15 C. 16 q. 3). Daher iſt denn der Anfang des neuen Rechtsſatzes auf die angeführten Decretalen von Alexander III. und Innocenz III. zurück zu führen.

(b) Unterholzner Verjährungslehre § 92.

seyn die Klagverjährung aus, nicht nur bey der rei vindicatio und hereditatis petitio, sondern auch bey der actio commodati, depositi, locati auf Rückgabe der anvertrauten Sache, weil auch durch diese der Kläger die Rückgabe eines unrechtmäßig vorenthaltenen Besitzes verlangt; dagegen nicht bey den gewöhnlichen Schuldklagen aus Verträgen oder Delicten, auch nicht bey der actio emti oder der Klage auf Erfüllung eines Tauschvertrags.

Damit ist der Umfang der neuen Regel bestimmt, und nun haben wir für dieselbe die Frage zu beantworten, ob etwa die Redlichkeit des Besitzes, mithin die Klagverjährung selbst, durch einen Rechtsirrthum des Beklagten ausgeschlossen werde? Es ist merkwürdig, daß diese von den älteren Schriftstellern lebhaft verhandelte Streitfrage von den neueren gar nicht berührt zu werden pflegt.

Nach den oben aufgestellten Grundsätzen wird die Klagverjährung durch den Rechtsirrthum nicht verhindert. Denn die Redlichkeit des Bewußtseyns, die das canonische Recht allein fordert, ist eine Thatsache, für deren Daseyn der Entstehungsgrund, auch wenn derselbe in einem Rechtsirrthum liegen mag, ganz gleichgültig ist. Die buchstäbliche Vorschrift des canonischen Rechts hindert also die auf einem Rechtsirrthum beruhende Klagverjährung nicht. Aber auch der Grund dieses Gesetzes führt auf ein gleiches Resultat. Denn dieser Grund wird darin gesetzt, daß vor Allem die Sünde vermieden werden müsse (Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est); Niemand aber wird

behaupten wollen, daß jeder Rechtsirrthum eine ſündliche Natur an ſich trage. Endlich entſcheidet für dieſe Meynung auch noch die augenſcheinliche Analogie der *L.* 25 § 6 *de hered. petit.* (Num. XXII.). Denn wenn der Rechtsirrthum den Beklagten nicht hindert, die Vortheile des redlichen Beſitzes im Fall der Verurtheilung zu genießen, ſo iſt kein Grund denkbar, warum er den Vortheil der Klagverjährung ſollte verhindern können.

Folgende Gegengründe ſind aufgeſtellt worden:

1) Die Klagverjährung bewirke eine Bereicherung des Beklagten, wozu der Rechtsirrthum niemals führen dürfe. — Dieſes Princip iſt oben ſchon an ſich widerlegt worden (Num. VIII.). Auch hier aber zeigt ſich wieder ſeine (von der hiſtoriſchen Begründung noch unabhängige) geringe Tauglichkeit zu irgend einer ſicheren Anwendung. Denn ob der Beklagte durch die Klagverjährung reicher wird, oder blos Schaden vermeidet, wird in den meiſten Fällen völlig ungewiß bleiben; er wird reicher, wenn eine wirklich vorhandene Klage untergeht; er vermeidet Schaden, wenn ihm blos der zufällig fehlende Beweis des ohnehin ſchon aufgehobenen Klagerechts durch die Verjährung erſetzt wird. Ob nun aber im einzelnen Fall der eine oder der andere Erfolg anzunehmen ſey, dieſes eben wird meiſt im Dunkeln bleiben, und in der Umgehung dieſer Schwierigkeit liegt ein Hauptvortheil des durchgreifenden Princips der Klagverjährung.

2) Die Analogie der Uſucapion, welche gleichfalls

durch den Rechtsirrthum verhindert werde. Allein bey dieſer bezieht ſich der allerdings hindernde Rechtsirrthum nicht auf die bona fides, ſondern auf den Titel (Num. XV.), und ein Titel wird zur Klagverjährung im Allgemeinen nicht erfordert.

Mit der hier vertheidigten Meynung ſtimmten die älteren Rechtslehrer gröſtentheils überein (c). Die neueren haben dieſe Frage ſo wenig behandelt, daß ſich unter ihnen eine überwiegende Meynung gar nicht bilden konnte (d).

Das wahre Element aber, welches man in der entgegengeſetzten Meynung noch anerkennen kann, iſt folgendes. Über die Annahme der Unredlichkeit als einer Thatſache hat der Richter freyes Urtheil. Wenn nun der Beklagte nach den vorliegenden Beweiſen, vielleicht nach eigenem Geſtändniß, alle factiſchen Umſtände vollſtändig kannte, und daneben ſein redliches Bewußtſeyn lediglich aus einem Rechtsirrthum ableitet, ſo iſt dieſer nicht zu vermuthen, vielmehr von dem Beklagten darzuthun (ſ. o. Num. III.). Der Richter wird dabey ein freyes Ermeſſen haben müſſen, und beſonders auch die Perſönlichkeit des Beklagten zu berückſichtigen haben (e). In dieſer Hinſicht

(c) Gilken de usucapione P. 2 membr. 1 Cap. 3 Num. 8 sq. handelt ſehr gründlich von dieſer Frage, und erklärt ſich für die hier angenommene Meynung, die auch, nach vielen von ihm angeführten Schriftſtellern, als communis opinio angeſehen werden muß.

(d) Rave de praescriptione § 56 erklärt ſich für unſre Meynung; gegen dieſelbe Lüder Mencken an requiratur b. f. in praescript. actionum personalium Lips. 1692 Thes. 4.

(e) Gilken l. c. Num. 19.

kann man ſagen, daß der Beſitzer bey der Klagverjährung zuweilen in einer nachtheiligeren Lage ſeyn kann, als bey der Uſucapion. Jedoch iſt dieſer Nachtheil nur ſcheinbar. Der Unterſchied entſteht vielmehr daraus, daß der uſucapirende Beſitzer ſtets einen Titel für ſich hat, welcher ſeine bona fides bis zum Beweiſe des Gegentheils außer Zweifel ſetzt (Num. XV.), und daß er nie in den Fall kommen kann, durch Berufung auf Rechtsirrthum in eine verdächtige und darum ungünſtige Lage zu gerathen.

Alles nun, was hier über den Irrthum im Verhältniß zur Klagverjährung geſagt worden iſt, gilt ganz eben ſo auch bey der außerordentlichen oder dreyßigjährigen Erſitzung. Denn dieſe hat keine andere Vorausſetzungen, als die bloße Klagverjährung, nur unter der hinzutretenden Bedingung eines redlichen Beſitzes (f). Da nun dieſe Bedingung durch das canoniſche Recht ſchon zum Zweck der bloßen Klagentilgung allgemein aufgeſtellt worden iſt, ſo iſt die Klagverjährung des Beſitzers, in ihren factiſchen Bedingungen, mit der dreyßigjährigen Erſitzung identiſch geworden, ſo daß die eben beendigte Unterſuchung nothwendig beide zugleich umfaſſen muß.

XXIV.

Es bleibt nun noch übrig, von den Folgen des Irrthums bey bloßen Unterlaſſungen zu ſprechen. Auch hier müſſen wir zuvörderſt an das allgemeine Princip erin-

(f) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

nern, welches in dieſer Anwendung mehr als anderwärts verkannt zu ſeyn ſcheint: Der Irrthum ſchützt in der Regel gegen die nachtheilige Folge der Unterlaſſung nicht, weder direct noch durch Reſtitution, und es ſind daher nur einzelne, ausgenommene Fälle worin er ſchützt; aber auch in dieſen Fällen wird der Schutz ausgeſchloſſen durch beſondere Nachläſſigkeit, alſo auch in der Regel bey jedem Rechtsirrthum. — Die einzelnen Fälle, worin der Irrthum als Urſache einer Unterlaſſung vorkommt, ſind folgende:

I. Die Bonorum Possessio muß innerhalb einer Friſt von einem Jahr oder 100 Tagen agnoſcirt werden, ſonſt iſt ſie verloren. Wie aber, wenn der Berufene aus Unwiſſenheit die Friſt verſäumt hat? Da wir die Worte des hier einſchlagenden Edicts nicht kennen, ſo iſt es nöthig, auf ein anderes, dem älteren Recht angehörendes, Inſtitut zurück zu gehen. Es war üblich, die Erben cum cretione einzuſetzen, und zwar beſonders häufig mit dieſer Formel: Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, *quibus scieris, poterisque* (a). Wahrſcheinlich

(a) Dieſes hieß cretio vulgaris. Ulpian. XXII. § 27. 31. 32, Gajus Lib. 2 § 165. 171—173. Ähnliche Bedingungen (des Antritts in einer beſtimmten Zeit) können auch nach dem neueſten Recht in einem Teſtamente vorkommen (*L.* 72 *de adqu. her.* 29. 2.). Ob dann die Friſt von dem Todestage, oder von der Zeit worin der Erbe die Bedingung erfuhr, gerechnet werden ſoll, das muß von dem Inhalt und der Auslegung des Teſtaments abhängen. — Auf den Fall einer cretio vulgaris bezog ſich ohne Zweifel in ihrer urſprünglichen Abfaſſung *L.* 86 *de adqu. her.* (29. 2.), die durch Verwandlung von cretionis in aditionis interpolirt iſt.

hatte das Edict über die Bonorum Possessio dieſelben Ausdrücke, oder doch ähnliche, gebraucht, ſo daß die Friſt erſt anfangen ſollte von der Zeit, wo der Berufene den Tod und zugleich den Grund ſeiner Berufung (Teſtament, Verwandtſchaft u. ſ. w.) erfahren hatte (a[1]). Die Unterlaſſung durch factiſchen Irrthum war alſo ſchon unmittelbar durch die buchſtäbliche Faſſung der Rechtsregel gegen Nachtheil geſchützt, ſo daß ſie eines künſtlichen Schutzes gar nicht bedurfte (Num. II.). Allein auf den factiſchen Irrthum ſollte dieſer Schutz beſchränkt bleiben, der Rechtsirrthum ſollte ihn nicht genießen (b). Dieſer Satz geſtattet zwey Anwendungen, und iſt in beiden wahr. Die Erbſchaft geht alſo durch verſäumte Friſt verloren, ſowohl wenn der Berufene über das Daſeyn oder die Länge dieſer Friſt in Unwiſſenheit iſt, als wenn er, bey völliger Bekanntſchaft mit den verwandtſchaftlichen Verhältniſſen, über die Succeſſionsordnung irrt; ſo z. B., wenn ein entfernter Agnat des Verſtorbenen glaubt, daß ein naher Cognat ihm vorgehe.

Von dieſer Regel werden zwey Ausnahmen erwähnt, die rusticitas und die Minderjährigkeit. Wenn alſo der Berufene durch ſeinen hohen Grad allgemeiner Unbildung in einer ſolchen Rechtsunwiſſenheit ſich befindet, ſo ſoll ihm die Verſäumniß nicht ſchaden, das heißt wohl, er ſoll

(a[1]) *L.* 2 *pr. quis ordo* (38. 15.). „.. ut per singulos dies *et scierit et potuerit* admittere." *C. h. t.*, *L.* 10 *de Bon. Poss.* (37. 1.), *L.* 6 *C. qui admitti* (6. 9.).

(b) *L.* 1 § 1 — 4 *h. t.*, *L.* 3

dagegen Restitution erhalten (c). Desgleichen haben Minderjährige allgemein Restitution gegen versäumte Bonorum Possessio (d); also auch im Fall des Rechtsirrthums, der ihnen ja überall nachgesehen wird (Num. XXX.).

II. Bey dem alten spatium deliberandi bedurfte es keiner besonderen Vorsorge für den Fall des Irrthums, da es überhaupt nur auf die Bitte des berufenen Erben gegeben wurde, die ja ohne Bewußtseyn der Berufung nicht denkbar ist. Dagegen ist im neueren Recht auf die Befugniß zur Deliberation ein besonderes Transmissionsrecht gegründet; dieses dauert Ein Jahr, welches allerdings erst von der Zeit der Kenntniß des berufenen Erben angeht (e).

III. Eben so ist in Justinians neuer Vorschrift, daß der berufene Erbe, um gegen jeden Verlust sicher zu seyn, binnen Dreyßig Tagen ein Inventarium zu machen an-

(c) *L.* 8 *C. qui admitti* (6. 9.). „.. sciat sibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur: quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit." Soll die Stelle keine müßige Wiederholung enthalten, so muß die rusticitas auf den Rechtsirrthum gehen, womit sie ja auch anderwärts stets in Verbindung genannt wird: die quaecunque alia ratio aber auf eine der Abwesenheit ähnliche äußere Abhaltung, z. B. Gefangenschaft am Wohnort selbst oder lange schwere Krankheit. Die Schlußworte deuten auf einen neuen Rechtssatz; damit ist wohl der durch rusticitas entschuldigte Rechtsirrthum, und eben so die äußere (auch neben der factischen Sachkenntniß denkbare) Abhaltung gemeynt, denn der factische Irrthum schützte ja auch schon früher gegen jeden Nachtheil (Note b).

(d) *L.* 2 *C. de in int. rest. min.* (2. 22.).

(e) *L.* 19 *C. de j. delib.* (6. 30.).

fangen ſolle, ausdrücklich hinzugefügt, dieſe Dreyßig Tage ſeyen zu zählen von dem Tage an, wo der Erbe die Berufung erfahre (f); dieſes jedoch mit Ausnahme der Soldaten, die durch die Verſäumniß der Friſt nicht leiden ſollen (g).

XXV.

IV. Die wichtigſte Anwendung des Irrthums bey Unterlaſſungen betrifft die Klagverjährung, womit wir in dieſer Beziehung auch die Verjährung der Reſtitution verbinden können, wenngleich das Reſtitutionsgeſuch nicht als eine Römiſche actio bezeichnet werden kann. Kann nun der Kläger die verjährte Klage mit Erfolg anſtellen, wenn er ſie aus Unbekanntſchaft mit ſeinem Klagrecht in der vorgeſchriebenen Zeit anzuſtellen unterlaſſen hat? Dieſe Frage kommt in zwey verſchiedenen Bedeutungen vor. Jede Verjährung hat einen beſtimmten Zeitraum angewieſen, bey welchem zuerſt der Anfangspunkt feſtzuſtellen iſt. Dieſer könnte möglicherweiſe entweder auf ein äußeres Ereigniß geſetzt werden, oder auf des Klägers Bekanntſchaft mit dieſem Ereigniß, welche vielleicht erſt in einem weit ſpäteren Zeitpunkt eintritt. Darin liegt eine erſte denkbare Einwirkung des Irrthums. Allein wenn man

(f) *L.* 22 § 2 *C. de jure delib.* (6. 30.). „.. ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium"...

(g) *L.* 22 § 15 *eod.*

auch regelmäßig die Verjährung von dem äußeren Ereigniß an berechnet, so wäre es doch wiederum denkbar, daß gegen den Ablauf derselben der Kläger wegen seines Irrthums einen außerordentlichen Schutz (durch Restitution) in ähnlicher Weise erhielte, wie es nun schon für viele andere Fälle nachgewiesen worden ist.

Zuerst also: Wird die Klagverjährung regelmäßig berechnet von dem äußeren Ereigniß, das heißt von der Rechtsverletzung an, oder aber von des Klägers Bekanntschaft mit diesem Ereigniß (a scientia)? Eine scheinbare Ähnlichkeit mit den Fristen der Bonorum Possessio (Num. XXIV.) könnte uns für diese letzte Behandlung bestimmen. Allein eine genauere Betrachtung muß uns von der wesentlichen Verschiedenheit beider Fälle überzeugen.

Die kurzen Fristen der Bonorum Possessio haben den Zweck, die Person des Erben bald außer Zweifel zu setzen. Diesem Zweck ist die von der Kenntniß des Berufenen anfangende Berechnung nicht hinderlich, da Diejenigen, welche bey der schnellen Entscheidung Interesse haben, den Berufenen unterrichten, und so den Lauf der Frist veranlassen können. Die Klagverjährung soll auf schnelle Rechtsverfolgung hinwirken, damit die sichere Entscheidung erleichtert und die Rechtsungewißheit abgekürzt werde. Diesem Zweck würde durch die Berechnung der Frist von der Kenntniß des Klägers an entgegengewirkt, da hier Niemand ist, der zu einer Aufforderung des Klägers veranlaßt wäre; dem möglichen Beklagten kann man diese nicht

zumuthen, da in ſo vielen Fällen das Recht auf der Seite des Beklagten, oder doch ungewiß iſt, der Beklagte aber wünſchen muß, den Rechtsſtreit lieber ganz zu vermeiden. In der That würde die wohlthätige Wirkung der Klagverjährung größtentheils vernichtet ſeyn, wenn man von der erweislichen Kenntniß des Klägers an rechnen wollte. Dazu kommt noch, daß der Kläger durch Aufmerkſamkeit auf ſeine Rechte die Verletzung wahrnehmen kann, alſo meiſt den Vorwurf der Nachläſſigkeit verdient, wenn er die Verjährung, ſey es auch durch Unbekanntſchaft mit der Verletzung, ablaufen läßt. Nicht ſo der prätoriſche Erbe, der keinen Beruf hat, den vielleicht ganz zufälligen und unerwarteten Anfall der Bonorum Possessio ſchnell in Erfahrung zu bringen. Es iſt demnach der Natur der Klagverjährung angemeſſen, die Friſt von dem äußeren Ereigniß anfangen zu laſſen, ohne Rückſicht auf die Kenntniß des Klagberechtigten. Auch wird in allgemeineren Verjährungsgeſetzen beyläufig bemerkt, die Unwiſſenheit des Klägers ſey gleichgültig (a); vollends die Rechtsunwiſſenheit, das heißt die Unbekanntſchaft mit dem Verjährungsgeſetze ſelbſt, ſollte gar keinen Einfluß haben (b).

(a) *L.* 12 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33.). „... nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio." — Eine ganz andere Natur haben die Prozeßfriſten, die ſtets von der Zeit an berechnet werden, wo die Partey das Ereigniß erfährt, welches ſie zum Handeln veranlaſſen ſoll.

(b) *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). „.. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem competere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit." An ſich war dieſer Zuſatz überflüſſig, er wurde wohl

XXVI.

Nur bey Einer, und zwar sehr zahlreichen, Klasse von Klagen konnte ein Zweifel entstehen: bey den Klagen mit utile tempus, also bey denen, welche eine einjährige oder noch kürzere Verjährung hatten. In das utile tempus nämlich wurden nur eingerechnet diejenigen Tage, an welchen es dem Kläger möglich war, die Klage anzustellen (quibus experiundi potestatem habebat); die übrigen Tage wurden bey Berechnung des Ablaufs der Verjährung nicht mitgezählt, so daß der wörtlich vorgeschriebene Zeitraum um die Zahl dieser nicht mitgezählten Tage verlängert wurde (a). Nun entstand die Frage, ob der Kläger auch dadurch in der Unmöglichkeit zu klagen sey, daß er die Verletzung nicht wisse? Faßt man die Stellen des Römischen Rechts zusammen, so ergiebt sich folgende Antwort. Jener Kläger ist der Regel nach nicht in der Unmöglichkeit zu klagen, denn in vielen Fällen ist es augenscheinlich, daß er durch gehörige Aufmerksamkeit die Verletzung hätte erfahren können, und in noch mehreren Fällen wird gerade dieser Umstand ungewiß bleiben. Es gilt also die im Allgemeinen für den Anfang der Klagverjährung aufgestellte Regel auch bey den einjährigen Klagen. In einzelnen, seltenen Fällen jedoch kann für den Kläger

deswegen nöthig gefunden, weil das ganze so wichtige Princip einer allgemeinen Klagverjährung etwas völlig Neues, dem früheren Recht Fremdes war.

(a) *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.).

die Entdeckung der Rechtsverletzung ſo ſchwer ſeyn, daß ſie der Unmöglichkeit gleich zu achten iſt; kann er alſo ſolche Umſtände nachweiſen, ſo wird die Verjährung ausnahmsweiſe von der Zeit ſeiner Kenntniß an gerechnet. Es verhält ſich alſo hier gerade umgekehrt, als in anderen Fällen, worin die Unwiſſenheit Einfluß hat, und worin dieſer Einfluß gilt, wenn nur nicht eine beſondere Nachläſſigkeit dargethan werden kann, anſtatt daß bey den Klagen mit utile tempus die Unmöglichkeit der Kenntniß zu erweiſen iſt. Die beſonders zahlreichen Fälle zweifelhafter, unerweislicher Umſtände kommen daher in anderen Fällen dem Unwiſſenden, bey der Verjährung der einjährigen Klagen ſeinem Gegner zu gut. Hierin wird alſo die einjährige Klagverjährung namentlich ganz anders behandelt, als die Friſt der Bonorum Possessio (Num. XXIV.) (b). — Der hier aufgeſtellte Grundſatz iſt von den Römern nirgend allgemein ausgeſprochen; er findet ſich in einzelnen Anwendungen, und zwar hier bald mehr bald weniger vollſtändig, ſo daß es gewiß das einzig richtige Verfahren iſt, die weniger beſtimmten Stellen aus den beſtimmteren zu ergänzen, da ihnen allen ohne Zwei-

(b) Vergl. über dieſe verſchiedene Behandlung das Syſtem § 190. — Mit Unrecht wirft beide Fälle zuſammen Burchardi Wiedereinſetzung S. 188. — Der hier aufgeſtellten Anſicht nähert ſich Arndts in Linde's Zeitſchrift B. 14 S. 31, der jedoch das Verhältniß von Regel und Ausnahme nicht ſo, wie es hier geſchehen, auffaßt, ſondern Alles dem richterlichen Ermeſſen überläßt, und dabey eher geneigt ſcheint, die Regel auf die entgegengeſetzte Seite zu legen.

ſel ein und derſelbe Gedanke zum Grunde liegt. Gerade das wichtigſte Stück meiner Behauptung aber, daß nämlich auch bey den einjährigen Klagen in der Regel gerechnet werde von dem äußeren Ereigniß an (alſo nicht von der Kenntniß), iſt in allen Stellen deutlich anerkannt; die Ausnahme, die ja ſo ſelten zur Anwendung kommen kann, wird nur in einigen derſelben erwähnt. Da aber dieſe letzten unſere ganze Behauptung am Vollſtändigſten enthalten, will ich ſie hier voranſtellen.

A. Das Interdict quod vi aut clam dauert Ein Jahr, und dieſes fängt an mit der widerrechtlichen Unternehmung ſelbſt, nicht mit der Kenntniß, die davon der Kläger erhält. Anders iſt es nur, wenn die Arbeit unter ſolchen beſonderen Umſtänden geſchieht, daß ſie der Kläger faſt gar nicht ohne bloßen Zufall bemerken kann (c). Die Vorſchrift für dieſen Fall iſt die klarſte und vollſtändigſte unter allen, und ſie kann am Sicherſten zur Ergänzung der übrigen weniger beſtimmten Vorſchriften benutzt werden.

B. Die Strafklage de calumnia gilt unter andern für den Fall, da ein Anderer einem Dritten Geld giebt, damit dieſer Dritte eine grundloſe Klage gegen mich erhebe.

(c) *L.* 15 § 4. 5 *quod vi* (43. 24.). Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit ..... (§ 5) Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit; etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est, *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et justa causa ignorantiae interveniente.*"

Dieſe Klage dauert Ein Jahr, welches aber berechnet wird nicht von jener verwerflichen Verabredung an, ſondern von meiner Kenntniß (d). Hier wird alſo das, was die vorhergehende Beſtimmung als Ausnahme bezeichnete, ſogleich als Regel ausgedrückt, und dieſer verſchiedene Ausdruck erklärt ſich hinreichend aus der Eigenthümlichkeit des Falles. Denn jene hinterliſtige Verabredung iſt für mich immer und nothwendig ſo lange verborgen, bis die ſpätere Ausführung oder ein anderer Zufall ſie mir offenbart. Ja, wenn man dieſes nicht annehmen wollte, ſo würde die widerſinnige Folge eintreten, daß die Strafe dieſes Delicts von den Thätern durch eine kleine Vorſicht ſtets abgewendet werden könnte; ſie brauchten nur ihrer Abrede den Zuſatz zu geben, daß ſie erſt nach einem Jahr ausgeführt werden ſolle, und während dieſer Zeit über die Sache zu ſchweigen.

C. Die Klagen aus dem Edict der Ädilen verjähren theils in Einem Jahr, theils noch kürzer. Dieſe Verjäh-

(d) *L.* 6 *de calumniatoribus* (3. 6.). „.. In illius vero personam, cum quo ut agatur alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere: *et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.*" Das qui nescit u. ſ. w. iſt hier von dieſem einzelnen Rechtsverhältniß (der calumnia) zu verſtehen, nicht als allgemeine Regel für alle Verjährungen mit utile tempus. Unbedenklich können wir es auch anwenden auf gleichartige Fälle, nur nicht (mit Mühlenbruch S. 366) auf alle Klagen aus einem factum alienum, wohin namentlich alle Delictenklagen gehören würden; denn die meiſten Delicte berühren unſre Rechte auf ſo merkliche Weiſe, daß es ganz unſre Schuld iſt, wenn wir darüber in Unwiſſenheit bleiben.

rung fängt an von dem abgeſchloſſenen Contract (e), nicht von der Bekanntſchaft des Käufers mit dem mangelhaften Zuſtand der Sache. Dieſe Regel gilt ſelbſt in dem Fall, worin man ſie am leichteſten bezweifeln könnte, wenn der gekaufte Sklave die Gewohnheit hat zu entlaufen (fugitivus) (f); nur dann leidet ſie eine Ausnahme, wenn dieſer Fehler des Sklaven beſonders verſteckt war (etwa durch ein täuſchendes gutes Betragen), und zugleich der Käufer nicht durch verſäumte Erkundigung Nachläſſigkeit bewieſen hat (g).

D. Die doli actio verjährte ehemals in Einem annus utilis, und verjährt jetzt in Zwey gewöhnlichen Jahren (continui). Dieſe ſollen angehen von der Zeit des Betrugs, nicht der Kenntniß des Betrogenen (h). Die Worte

(e) *L.* 19 § 6 *de aedil. act.* (21. 1.).

(f) *L.* 2 *C. de aedil. act.* (4. 58.). Hier iſt allerdings blos die Flucht des Sklaven als einzelne Thatſache, nicht die fehlerhafte Gewohnheit eines fugitivus erwähnt. Dieſe wird aber offenbar vorausgeſetzt, da die Regreßklage nicht als an ſich unbegründet, ſondern blos wegen der Verjährung, verworfen wird.

(g) *L.* 55 *de aedil. act.* (21. 1.). „... non videbitur potestatem experiendi habuisse, qui vitium fugitivi *latens* ignoravit: non idcirco tamen *dissolutam ignorationem* emtoris excusari oportebit." Hier ſind zwey Bedingungen aufgeſtellt für die günſtigere Zeitberechnung: erſtlich daß die böſe Gewohnheit des Sklaven nicht aus dem ſichtbaren Benehmen deſſelben vermuthet werden konnte (latens); zweytens daß auch ſonſt nicht die Unkunde des Käufers leicht vermeidlich war. Indeſſen könnte man auch den zweyten Satz für eine Wiederholung des erſten in anderen Worten halten, was den Sinn nicht weſentlich ändern würde. — Der Widerſpruch dieſer Stelle mit der in der Note f angeführten iſt wohl nur auf die im Text angegebene Weiſe zu beſeitigen. Vgl. auch Haubold opuscula T. 1 p. 429. 490.

(h) *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.), d. h. *L.* 1 *C. Th. de dolo* (2. 15.).

dieſes Zuſatzes ſind ſo gefaßt, daß auch hierin eine beabſichtigte Neuerung unverkennbar iſt. Der hier abgeänderte Zuſtand des älteren Rechts war aber nicht der, daß immer von der Zeit der erlangten Kenntniß an gerechnet wurde, ſondern daß dieſe Berechnung, eben ſo wie bey den vorher erwähnten Klagen, zuweilen ſtatt finden konnte, nämlich wenn der Betrug beſonders liſtig verſteckt war; ſelbſt dieſe Ausnahme ſollte jetzt wegfallen (i).

E. Die Reſtitutionsfriſt dauerte früher Ein Jahr, welches bey Minderjährigen genau von ihrer Volljährigkeit an berechnet wurde (k), bey Abweſenden von der Wiederkehr, alſo bey Allen ohne Rückſicht auf die erlangte Kenntniß. Dieſelbe Berechnungsweiſe iſt natürlich auch auf die im neueſten Recht beſtimmten Vier Jahre übertragen worden (l).

F. Die actio Pauliana dauert Ein Jahr lang, welches von der unredlichen Veräußerung des Schuldners an

„Optimum duximus, *non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit*, neque intra anni utilis tempus, *sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus* intra continuum biennium de dolo actionem moveri" ...

(i) Man könnte dieſes Letzte für zu hart halten, um es annehmbar zu finden, es paßt aber völlig zu dem übrigen Inhalt dieſes Geſetzes, welches ja auch ganz unerhörterweiſe nicht blos die Anſtellung der Klage, ſondern die Beendigung des Prozeſſes, auf die Zeit von zwey Jahren beſchränkt. Praktiſch wird die eine und die andere Härte dadurch ſehr gemildert, daß dreyßig Jahre lang eine actio in factum fortdauert inſoweit der Betrüger Vortheil durch den Betrug erlangt hat. *L.* 28. 29 *de dolo* (4. 3.).

(k) *L.* 19 *de minor.* (4. 4.).

(l) *L.* 7 *C. de tempor. in int. rest.* (2. 53.).

gerechnet wird, also nicht von der erlangten Kenntniß des Glaubigers (m).

G. Die Anklage aus der Lex Julia de adulteriis verjährte bey beiden Geschlechtern in Fünf Jahren von der Zeit des begangnen Verbrechens an; außerdem bey Frauen auch noch in Sechs Monaten. Diese Sechs Monate waren ein utile tempus, und wurden dennoch berechnet, bey Wittwen von der That an, bey Ehefrauen von der Scheidung an; in beiden Fällen also ganz ohne Rücksicht auf die Kenntniß, die der Ankläger von der That haben mag (n).

In den Fällen nun, worin eine begünstigende Berechnung als Ausnahme eintreten soll, könnte man zweifeln, ob diese ganz von selbst eintrete, oder nur vermittelst einer Restitution. Nach den Ausdrücken mehrerer Stellen (Note d und g) dürfte wohl das erste angenommen werden, womit jedoch eine vorgängige Cognition des Prätors (Note c) wohl vereinbar ist. Auch würde wenigstens die Anordnung einer Restitution hier gar nicht praktisch fühlbar gewesen seyn. Denn das Wichtigste bey der Restitution war die Einschränkung auf Ein Jahr; in jenen

(m) *L.* 6 § 14 *L.* 10 § 18 *quae in fraud.* (42. 8.).

(n) *L.* 29 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), *L.* 1 § 10 *ad Sc. Turp.* (48. 16.). — Bey Wittwen wurden die Fünf Jahre stets absorbirt von den Sechs Monaten, weil beide Zeiträume denselben Anfangspunkt haben; bey Ehefrauen kann bald die eine, bald die andere Verjährung vortheilhafter seyn, und die Frau hatte zwischen beiden die Wahl. *L.* 29 § 5 *cit.* — Alles Dieses übrigens gehört nur dem ältern Recht an; späterhin wurde diese sechsmonatliche Verjährung ganz aufgehoben, und die fünfjährige für die einzige erklärt. *L.* 28 *C. ad L. J. de adult.* (9. 9.).

Fällen aber wäre das Reſtitutionsjahr mit der einjährigen Klagverjährung völlig zuſammen gefallen, da beide von der Zeit der erlangten Kenntniß an gerechnet werden mußten. Dagegen iſt es ſehr wichtig ſich davon zu überzeugen, daß nicht noch neben jenen ſtrengen Bedingungen der Ausnahme, alſo in Ermanglung derſelben, eine Reſtitution gegen die einjährige Klagverjährung blos auf den Grund des (nicht unüberwindlichen) Irrthums ſtatt finden konnte. Wer die angeführten Stellen unbefangen betrachtet, kann wohl nicht an eine ſolche Reſtitution denken; ohnehin wäre die Unterſcheidung einer ſolchen Reſtitution von der ohne dieſelbe eintretenden günſtigen Berechnung viel zu kleinlich und unpraktiſch geweſen, als daß wir ſie bey den Römiſchen Juriſten vorausſetzen dürften.

Allein alles hier Geſagte darf blos auf die Fälle bezogen werden, worin der Irrthum allein, als ſolcher, die Anſtellung der Klage verhindert. Anders iſt es, wenn man den Beklagten nicht kennt, oder nicht verklagen kann weil derſelbe entflohen oder verborgen iſt. Denn nun iſt eine vom Irrthum ganz unabhängige wahre Unmöglichkeit der Klage vorhanden, die den Lauf des utile tempus an ſich ausſchließt (o).

(o) *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.). So z. B. iſt die actio vi bonorum raptorum einjährig (*L.* 3. 4 *pr. vi bon. rapt.* 47. 8.). Sind die Räuber entflohen, ſo läuft keine Verjährung. Eben ſo wäre es mit der actio furti, wenn man, wie gewöhnlich, gar nicht weiß wer der Dieb iſt; allein davon kann deswegen nicht die Rede ſeyn, weil dieſe Klage 30 Jahre dauert.

XXVII.

Bisher ist gezeigt worden, daß die Klagverjährung zu laufen anfängt von dem äußern Ereigniß an, welches die Klage begründet, ohne Rücksicht auf die mögliche Unwissenheit des Klägers über dieses Ereigniß; und zwar bey den Verjährungen mit tempus continuum ganz allgemein, bey denen mit utile tempus unter Vorbehalt einer seltenen Ausnahme (Num. XXV. XXVI.). Es bleibt nun noch die Frage übrig, ob nach Ablauf einer solchen durch Unwissenheit veranlaßten Verjährung, dem früher Unwissenden durch Restitution geholfen werde. Eine solche Restitution würde wichtig seyn für die einjährigen Verjährungen, sobald die Bedingung der begünstigenden Ausnahme fehlt; weit wichtiger noch für die übrigen, weil bey diesen überhaupt keine Ausnahme vorkommt.

Diese Frage aber nimmt wieder zwey verschiedene Gestalten an, indem die Restitution gedacht werden könnte entweder wegen des Irrthums oder der Unwissenheit an sich, die also selbst der Restitutionsgrund wäre: oder aber wegen eines anderen, allgemeineren Restitutionsgrundes, der dann die nachtheiligen Folgen der Unwissenheit hinwegnehmen würde.

Zuerst also: Wird der Kläger schon aus dem Grund allein restituirt, weil er aus Unbekanntschaft mit dem Klagrecht die Verjährung ablaufen ließ? Sind die bisher aufgestellten Sätze richtig, so kann die Verneinung dieser

Frage keinen Zweifel haben. Sie folgt aus dem praktiſchen Bedürfniß der Klagverjährung, deren wohlthätige Wirkſamkeit durch dieſe Art der Reſtitution nicht minder entkräftet werden würde, als durch die oben widerlegte anfängliche Berechnung der Verjährung (Num. XXV.). Sie folgt aber noch nothwendiger aus der Art, wie das Römiſche Recht die einjährige, mit utile tempus verſehene Verjährung behandelt. Daß bey dieſer eine Reſtitution wegen Unwiſſenheit nicht gegeben wird, iſt bereits gezeigt worden (Num. XXVI.). Daraus aber folgt unwiderſprechlich, daß ſie noch weit weniger bey den längeren Verjährungen gelten kann, die auf ein continuum tempus angewieſen ſind. — Dennoch haben Viele der angeſehenſten Rechtslehrer dieſe Reſtitution in Schutz genommen; Manche ganz allgemein, Andere nur mit Ausnahme der dreyßigjährigen Verjährung (a). Alle dieſe Schriftſteller unterlaſſen es, die Frage in dem hier dargeſtellten Zuſammenhang aufzufaſſen, durch welchen ich ſie insgeſammt für widerlegt halte. Daneben ſetzen ſie ſtillſchweigend voraus eine unbeſchränkte Anwendbarkeit der Reſtitution aus Irrthum auf alle denkbare Fälle; ſie ſelbſt ſuchen dieſe Vorausſetzung mit Nichts zu begründen, und im Widerſpruch mit derſelben iſt ſchon oben (Num. II.) bemerkt worden, daß die

(a) Cocceji Lib. 4 Tit. 6 qu. 4, Thibaut Beſitz und Verjährung § 73, Unterholzner Verjährungslehre § 137 Num. 4, Burchardi Wiedereinſetzung S. 188. Sehr gut wird die entgegengeſetzte Anſicht vertheidigt von Emminghaus zu der angeführten Stelle von Coccejı ed. Lips. 1791.

Restitution aus Irrthum kein allgemeines Rechtsmittel ist, sondern nur eine ziemlich beschränkte Aushülfe darbietet für einzelne genau bestimmte Fälle. Und diese Behauptung steht wieder mit unsrer Grundansicht vom Irrthum (Num. VI.) in so unzertrennlicher Verbindung, daß sie mit derselben stehen und fallen muß.

Zweytens: Kann der Kläger, der aus Unwissenheit eine Verjährung ablaufen ließ, gegen diesen Verlust durch allgemeine Restitutionsgründe, wie Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w. geschützt werden? Die Bejahung dieser Frage könnte, eben wegen der allgemein umfassenden Natur jener Gründe keinen Zweifel haben, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen gerade über diese Frage vorhanden wären, deren Inhalt nunmehr dargestellt werden soll.

A. Gehört die Klage zu einem sogenannten peculium adventitium ordinarium, so daß der eigentlich Klagberechtigte auf die Ausübung seiner Rechte keinen Einfluß hat, so ist während dieses Rechtszustandes die Klagverjährung ipso jure gehemmt, so daß es keiner Restitution bedarf. Es ist dabey gleichgültig, ob die Klage einer einjährigen oder einer dreyßigjährigen Verjährung unterworfen ist (b).

B. Völlig dasselbe gilt, wenn der Klagberechtigte noch unmündig ist, solange dieser persönliche Zustand dauert (c).

C. Dasselbe Recht, nur in einer beschränkteren Anwen-

(b) *L.* 1 § 2 *C. de annali except.* (7. 40.).

(c) *L.* 3 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

dung, gilt, solange der Klagberechtigte minderjährig ist. Es gilt dieses nämlich bey denjenigen Verjährungen, welche weniger als dreyßig Jahre dauern, so daß dabey der Minderjährige keiner Restitution bedarf (d).

Für alle übrige Fälle muß unterschieden werden die dreißigjährige Verjährung von den kürzeren, wobey also die einjährige und zwanzigjährige ganz auf gleicher Linie stehen. Bey der dreyßigjährigen ist jede anderwärts geltende Restitution völlig ausgeschlossen, und dieser Satz enthält eine positive Ausnahme von allgemeineren Rechtsregeln. Bey den kürzeren ist gar nichts Positives vorgeschrieben, so daß hier die gewöhnlichen Regeln der Restitution unbeschränkt zur Anwendung kommen. Der erste Satz ist in hohem Grade bestritten (e); bey dem zweyten kommt ein solcher Streit nicht vor.

Gegen die dreyßigjährige Klagverjährung also sollen auch Diejenigen keine Restitution erhalten, die gegen jeden anderen Nachtheil restituirt werden, namentlich die Min-

(d) *L.* 5 *C. in quib. causis* (2. 41.). — Voet IV. 4 § 29 behauptet, die Minderjährigen müßten in dieser Hinsicht gleiches Recht mit den Unmündigen haben, weil sie gleich diesen unter Tutoren ständen. Allein die Unterordnung unter Tutoren hindert sie nicht, zugleich selbst von ihren Geschäften Kenntniß zu nehmen. Auch zu Justinians Zeit wurde ihr Vermögen nicht von ihnen selbst, sondern von Curatoren verwaltet, und doch sollten sie der dreißigjährigen Verjährung völlig unterworfen seyn.

(e) Die hier vorgetragene Meynung wird vertheidigt von Thibaut Besitz und Verjährung § 65. 73, und Unterholzner Verjährungslehre § 136; die entgegengesetzte von Burchardi Wiedereinsetzung S. 136.

verjährigen. Der Beweis liegt in folgenden Worten der *L.* 3 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.):

non sexus fragilitate, non absentia, non militia *contra hanc legem defendenda*, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, *huic eximenda sanctioni.* Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, *necessario* eis similiter ut aliis, *annorum triginta intervalla servanda sunt.*

Der Sinn dieſer Worte iſt folgender. Von der dreißigjährigen Verjährung ſind ipso jure frey (ſo daß ſie keiner Reſtitution bedürfen), die Unmündigen (huic *eximenda* sanctioni) (f). Alle übrigen dagegen ſollen nicht einmal Reſtitution erhalten (contra hanc legem *defendenda*), noch viel weniger alſo ipso jure frey ſeyn; in dieſer Hinſicht ſollen die Minderjährigen ganz auf gleicher Linie ſtehen mit den Frauen, Abweſenden, und Soldaten. — Hätten wir blos den wörtlichen Gegenſatz von eximenda und defendenda vor uns, ſo würde dieſer in einer Conſtitution aus ſo ſpäter Zeit nicht völlig entſcheiden; der Verfaſſer hätte eine nichtsſagende Abwechslung der Ausdrücke als Zierlichkeit der Rede anbringen können. Allein folgende Gründe nöthigen uns, dieſe Ausdrücke in dem beſtimmteren Sinn zu nehmen, welcher oben in unſrer Erklärung vorausgeſetzt iſt. Erſtlich will der Geſetzgeber offenbar

(f) Daß nur dieſe ipso jure Befreyten, und nicht auch die filiifamilias (Note b) hier genannt werden, erklärt ſich hiſtoriſch. Das im Text abgedruckte Geſetz iſt von Theodoſius II., die Befreyung der filiifamilias hat erſt Juſtinian hinzugefügt.

einen ſtarken praktiſchen Unterſchied anordnen zwiſchen den Pupillen und Minderjährigen. Nun iſt aber der Unterſchied zwiſchen Befreyung ipso jure und durch Reſtitution ungleich geringer, als der zwiſchen Befreyung überhaupt und Nichtbefreyung. Der Geſetzgeber konnte alſo unmöglich jenen geringeren Unterſchied mit Wichtigkeit behandeln, und den größeren mit Stillſchweigen übergehen, alſo zweifelhaft laſſen; er konnte nicht von den Minderjährigen ſagen, ſie ſeyen ſtrenge an die Beobachtung der 30 Jahre gebunden, wenn ſie ſich von dieſer Strenge ſogleich wieder durch Reſtitution los machen konnten. Zweytens zeigt der ganze Ausdruck, daß der Geſetzgeber etwas Neues, Unerwartetes anordnen wollte, Etwas das ohne dieſe Vorſchrift nicht ſo geweſen ſeyn würde. Dieſes paßt ganz zu unſrer Erklärung, denn die hier zuſammen geſtellten Perſonen hatten in der That einen ſehr ausgedehnten Anſpruch auf Reſtitution, der ihnen unzweifelhaft auch gegen die dreißigjährige Verjährung geholfen haben würde, wenn nicht hier die Reſtitution ausdrücklich verboten worden wäre. Zu der entgegengeſetzten Erklärung paßt jener Ausdruck gar nicht, da Niemand daran denken konnte, den Frauen u. ſ. w. gegen die dreyßigjährige Verjährung eine Befreyung ipso jure zu geben, die ſie ſelbſt gegen kürzere Verjährungen niemals gehabt hatten (g).

(g) Burchardi S. 136 ſtellt dagegen die Behauptung auf, die Abweſenden und Soldaten hätten allerdings oft ipso jure Befreyung gehabt, und er führt zum Beweiſe mehrere Stellen an, die in der That nicht ausdrücklich von Reſtitution ſprechen. Allein es iſt eine ganz

Der zweyte oben aufgestellte Satz war der, daß gegen alle kürzere als dreyßigjährige Verjährungen jede an sich begründete Restitution geltend gemacht werden könne, wodurch dann auch der Nachtheil aus der Unwissenheit abgewendet werde, die nur nicht als ein selbstständiger Restitutionsgrund angesehen werden darf. Diesen zweyten Satz haben wir nicht, so wie den ersten, gegen den Widerspruch Anderer zu vertheidigen, sondern nur in unsren Rechtsquellen als anerkannt und vielfältig angewendet nachzuweisen. Darüber ist voraus im Allgemeinen zu bemerken, daß auch diejenigen Stellen von dieser Restitution verstanden werden müssen, welche bey Abwesenden u. s. w. nur überhaupt die Befreyung von der Verjährung erwähnen, selbst wenn darin die Restitution nicht namentlich angegeben wird (Note g). Die vorkommenden Fälle selbst sind folgende.

1. Abwesenheit schützt gegen die vierjährige Verjährung der Regreßklage gegen den Fiscus, der die Sache des Abwesenden veräußert hat (h).

verwerfliche Interpretation, aus jeder etwas unbestimmt redenden Stelle (besonders wenn es ein Rescript ist) sogleich einen isolirten Rechtssatz zu machen, da wo sich die Zurückführung auf ein sonst schon bekanntes Princip so ungezwungen darbietet. Zudem stehen in der Reihe jener befreyten Personen auch die Frauen; bey diesen aber hat Burchardi auch nicht einmal den Schein einer früheren Befreyung ipso jure, so wie bey Abwesenden, hervorzubringen vermocht.

(h) *L.* 5 *C. de rest. mil.* (2. 51.) „Neque ... praescriptionem quadriennii .. *obesse* manifestum est," nämlich eben wegen der Restitution, worauf sogar in den hier ausgelassenen Worten ausdrücklich hingewiesen wird. Burchardi S. 136 versteht es dennoch von der Befreyung

Ferner gegen die Verjährung einer öffentlichen Anklage (i).

Ferner gegen die einjährige Verjährung des Interdicts quod vi (k).

Ferner gegen die longi temporis praescriptio (l).

2. Die Abhaltung durch Amtsgeſchäfte (ſie mag mit Abweſenheit verbunden ſeyn oder nicht) ſchützt gegen die Verjährung der doli actio (m).

3. Wer die Klage, die er gegen einen Pupillen hat, gegen den falsus tutor anſtellt, und darüber die Verjährung ablaufen läßt, hat die Wahl zwiſchen der Reſtitution und dem Regreß gegen den Tutor; die erſte gilt allgemein, der Regreß nur wenn der Tutor in mala fide war (n).

4. Minderjährige würden dieſe Reſtitution haben, wenn ſie nicht von Juſtinian die günſtigere Befreyung ipso jure

ipso jure. Der ganze Titel handelt aber von der Reſtitution.

(i) *L.* 44 *pr. ex quib. causis maj.* (4. 6.) „.. non perimitur," nämlich mit Hülfe der Reſtitution, von welcher ja der ganze Titel handelt.

(k) *L.* 15 § 6 *quod vi* (43. 24.).

(l) *L.* 1. 2. 4. 6. 8 *C. quibus non objicitur* (7. 35.). In einigen dieſer Stellen wird deutlich genug auf die Reſtitution hingewieſen, in anderen iſt der Ausdruck unbeſtimmter; ohne Zweifel aber kann dieſe ganz zufällige Abwechslung des Ausdrucks eine verſchiedene Auslegung dieſer weſentlich übereinſtimmenden Reſcripte nicht rechtfertigen. — Die *L.* 8 cit. ſteht nochmals im Codex als *L.* 8 *C. de rest. mil.* (2. 51.).

(m) *L.* 3 *C. de dolo* (2. 21.).

(n) *L.* 1 § 6 *L.* 7 *pr. quod falso* (27. 6.) enthalten das Princip des Wahlrechts überhaupt, *L.* 10 *eod.* enthält die Anwendung der Regreßklage auf den Fall der erlittenen Klagverjährung. Die Reſtitution gegen die Klagverjährung iſt eben ſo unzweifelhaft; die alten Juriſten haben ſie wohl deswegen nicht beſonders erwähnt, weil ſie zu ihrer Zeit mit der Reſtitution gegen die Klageconſumtion (Num. XIX.) zuſammen fiel.

erhalten hätten (o). Vor diesem Gesetz hatten sie die Restitution unzweifelhaft; eben so auch die Pupillen vor dem Gesetz von Theodosius II.

5. Kirchen sollen adversus lapsum temporis restituirt werden (p). Da dieselben jedoch im Allgemeinen die Rechte der Minderjährigen haben (q), so müssen sie bey der Klagverjährung theils ipso jure geschützt seyn, theils auch nicht einmal durch Restitution. Daher kann ihre oben erwähnte Restitution gar nicht auf die Klagverjährung bezogen werden, sondern auf andere Zeitversäumnisse, namentlich auf die bey den Prozeßfristen (r).

Es ist also überhaupt die Restitution gegen Klagverjährungen von sehr beschränkter Anwendung, ja die Abwesenheit ist eigentlich die einzige etwas umfassende Veranlassung derselben. Und nicht nur die Abwesenheit des Klägers kann sie veranlassen, sondern auch die des Beklagten. Zwar bey den einjährigen Klagen (mit utile tempus) würde es einer Restitution nicht einmal bedürfen, weil die Tage der Abwesenheit, wegen der fehlenden experiundi potestas, ohnehin nicht mitgezählt werden. Allein bey den Verjährungen von Zwey, Vier, Fünf, Zehen, Zwanzig Jahren kann diese Restitution eine wichtige und billige Hülfe gewähren.

(o) S. o. Note d. — Daraus erklärt es sich wohl, daß in den Digesten so wenig von dieser Restitution die Rede ist. Ich finde sie nur einmal erwähnt, in *L.* 15 § 6 *quod vi* (43. 24.).

(p) *Clem. un. de restit.* (1. 11.).

(q) *C.* 1. 3 *X. de in int. rest.* (2. 41.).

(r) Unterholzner Verjährungslehre § 136.

XXVIII.

Ich faſſe das hier Dargeſtellte kurz zuſammen. Gegen die Verſäumniß der Friſt zur Bonorum Possessio ſchützt der factiſche Irrthum, nicht der Rechtsirrthum, außer bey gänzlichem Mangel an Bildung (Num. XXIV.). — Die Klagverjährung wird in der Regel berechnet von der Entſtehung des Klagrechts an, ohne Rückſicht auf die Bekanntſchaft des Klägers mit ihrem Daſeyn (Num. XXV.). Dieſes letzte leidet eine Ausnahme bey den einjährigen Klagen, vorausgeſetzt daß durch beſondere Umſtände die Unbekanntſchaft des Klägers unüberwindlich war (Num. XXVI.). Außerdem ſind manche Perſonen gegen die Klagverjährung (alſo auch gegen den dieſelbe veranlaſſenden Irrthum) ipso jure, ohne Reſtitution geſchützt: nämlich filiifamilias und Pupillen allgemein, Minderjährige gegen die Verjährungen die weniger als dreyßig Jahre dauern. Endlich gilt jede gewöhnliche Reſtitution auch gegen die Klagverjährungen unter dreißig Jahren: gegen die dreyßigjährige gilt gar keine Reſtitution (Num. XXVII.).

XXIX.

Nachdem die wichtigſten Fälle der Unterlaſſungen, wobey der Irrthum von Einfluß ſeyn kann, betrachtet worden ſind (Num. XXIV. XXV. u. fg.), bleiben jetzt nur noch folgende zu erwägen übrig.

V. Wer es zur Zeit des älteren Prozeſſes unterließ,

zugleich mit einer angestellten Klage die Beweisurkunden einzureichen, sollte diese nachher nicht mehr gebrauchen dürfen. Gegen diesen Nachtheil erhielten Restitution die Minderjährigen, Frauen, und sehr ungebildete Menschen (a).

VI. Gegen die unterlassene Einwendung einer peremtorischen Einrede wurde im älteren Prozeß allgemein Restitution ertheilt; bey dilatorischen Einreden war es bestritten (b).

VII. Wenn eine schwangere Frau nach aufgelöster Ehe die vorgeschriebenen Formen wegen der künftigen Geburt aus Unkunde versäumt, so wird ihr dieses nachgesehen (c).

VIII. Der Erbe, der es unterläßt, die Mörder seines Erblassers gerichtlich zu verfolgen, verliert sein Erbrecht, und selbst die Klagen, die ihm durch Confusion verloren giengen, werden ihm nicht restituirt. Unterläßt er es aber aus factischer Unwissenheit über den Hergang, so bekommt er Restitution gegen diese Confusion, nicht gegen den Verlust des Erbrechts (d).

IX. Wenn ein Testament die Erfüllung einer Bedingung vor einem bestimmten Tage vorschreibt, der Erbe oder Legatar aber diese Bedingung deswegen nicht erfuhr,

(a) *L.* 1 § 2—5 *de edendo* (2. 13.). Vgl. Schulting enarratio Lib. 2 Tit. 13 § 13. Burchardi Wiedereinsetzung S. 184. — Unrichtig erklärt diese Stelle Noodt ad Pand. II. 13.

(b) Gajus Lib. 4 § 125. Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung S. 185.

(c) *L.* 2 § 1 *de inspic. ventre* (25. 4.).

(d) *L.* 8. 17 *de his quae ut ind.* (34. 9.), *L.* 29 § 1. 2 *de j. fisci* (49. 14.), *L.* 21 § 1 *de Sc. Silan.* (29. 5.). Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung S. 390.

weil die Eröffnung des Teſtaments wegen einer geſetzlichen Vorſchrift verſchoben wurde, ſo wird gegen die Unterlaſſung rechtzeitiger Erfüllung Reſtitution gegeben (e).

X. Endlich werden die Prozeßfriſten in der Regel, und ohne daß es dabey einer Reſtitution bedarf, von dem Zeitpunkt an berechnet, in welcher der Partey die ihren Anfang beſtimmende Thatſache bekannt geworden iſt, ſo daß ſie in dieſer Hinſicht wie die Bonorum Possessio, und nicht wie die Klagverjährung, behandelt werden. In dieſer Beziehung iſt auch die Excuſationsfriſt gegen eine uns angefallene Vormundſchaft, ganz wie eine Prozeßfriſt zu behandeln (f).

XXX.

Im Laufe dieſer Unterſuchung ſind viele Fälle vorgekommen, in welchen der Irrthum bey gewiſſen Klaſſen von Perſonen günſtiger als bey allen Übrigen behandelt wurde. Es gehören dahin:

Minderjährige, Frauen, Ungebildete (Rusticitas), Soldaten.

Indem dieſe jetzt einzeln betrachtet werden ſollen, iſt es nöthig, neben jener gemeinſchaftlichen Begünſtigung,

(e) *L.* 3 § 31 *de Sc. Silan.* (29. 5.). Vgl. Burchardi Wiedereinſetzung S. 185.

(f) § 16 *J. de excus.* (1. 25.), *L.* 13 § 9 *eod.* (27. 1.), *L.* 6 *C. eod.* (5. 62.) *Fragm. Vatic.* § 156. — Über die Prozeßfriſten vgl. u. a. *L.* 1 § 15 *quando appell.* (49. 4.).

zugleich die eigenthümliche Natur jeder Klasse sorgfältig im Auge zu behalten.

Die Minderjährigen haben bekanntlich einen allgemeinen Anspruch auf Restitution gegen alles Thun oder Lassen, welches ihnen im erlaubten Rechtsverkehr (also abgesehen von Verletzungen) Nachtheil bringen kann. Dieser allgemeine Grundsatz hat die wichtigsten Folgen auch in Beziehung auf den Irrthum. Volljährige werden in der Regel nicht gegen den aus ihrem Irrthum entstehenden Nachtheil geschützt, sondern nur in besonders bestimmten Fällen (Num. VI.): Minderjährige allgemein (a). Bey Volljährigen wird der Schutz gegen Irrthum ausgeschlossen durch besondere Nachlässigkeit, und deshalb in der Regel bey jedem Rechtsirrthum: Minderjährige dürfen sich auch auf den Rechtsirrthum berufen (b). Bei Volljährigen deutet der Schutz gegen Irrthum darauf hin, daß durch wissentliches Handeln jeder Schutz ausgeschlossen seyn soll: Minderjährige werden auch in diesem Fall geschützt.

Folgende Anwendungen dieser Grundsätze werden ausdrücklich erwähnt: Wenn der Minderjährige einem filiusfamilias Geld als Darlehen giebt (Num. XIII.), wenn er einen untauglichen Bürgen zur Prozeßcaution annimmt (Num. XIX. Note d.), und wenn er die Frist einer Bono-

(a) *L.* 8 *C. de in int. rest. min.* (2. 22.), interpolirt aus *L.* 3 *C. Th. de int. rest.* (2. 16.) s. u. Num. XXXI.

(b) *L.* 9 *pr. h. t.*, *L.* 11 *C. h. t.*, interpolirt aus *L.* 3 *C. Th. de sponsal.* (3. 5.).

rum Possessio verſäumt (Num. XXIV.). Es hat aber durchaus keinen Zweifel, daß ſie auch in allen anderen, nichterwähnten, Fällen gelten müſſen, ſo daß alſo gewiß ein Minderjähriger uſucapiren kann, auch wenn ſein Beſitztitel mit einem Rechtsirrthum in Verbindung ſteht.

Es iſt jedoch wohl zu bemerken, daß dieſe Begünſtigung bey dem Irrthum, ſo wie die Reſtitution überhaupt, nur auf den erlaubten Verkehr zu beziehen iſt. Auf Delicte geht Beides nicht, hier wird überhaupt keine Reſtitution gegeben, und der Minderjährige kann ſich alſo auch nicht durch die Unbekanntſchaft mit dem Strafgeſetz entſchuldigen (c). Dieſe Regel gilt ohne Unterſchied der doloſen und culpoſen Delicte, ja auch bey dem in Contracten begangenen Dolus, da dieſer eine delictenähnliche Natur hat (d). Jedoch gilt ſie nur für diejenigen Rechtsverletzungen, deren Strafbarkeit ſchon dem natürlichen Rechtsgefühl einleuchtet, nicht auf die welche eine mehr poſitive Natur haben (Num. XX.). Daher ſollte der Minderjährige frey ſeyn von der Strafe des incestus juris civilis und der übertretenen Zollgeſetze, ſo wie die minderjährige Frau,

(c) *L.* 9 *pr. h. t.* „.. ante praemisso, quod minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est: *quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur:* et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur." Die hier curſiv gedruckten Worte müſſen als Parentheſe gedacht werden, ſo daß der letzte Satz unmittelbar an den erſten anſchließt, und auf die Minderjährigen geht, nicht auf die Frauen (vgl. Num. XXXI.). — *L.* 9 § 2. 3. 4 *L.* 37 § 1 *de minor.* (4. 4.), *L.* 1 *C. si adv. del.* (2. 35.).

(d) *L.* 9 § 2 *de minor.* (4. 4.).

die ihrem Kind keinen Vormund erbittet, von der Strafe dieſer Unterlaſſung (Num. XXI.) (e).

XXXI.

Frauen befinden ſich in einer ganz anderen Lage als Minderjährige. Einen allgemeinen Anſpruch auf Reſtitution haben ſie überhaupt nicht, alſo auch nicht bey Gelegenheit des Irrthums. Wenn aber der Fall, worin ihnen ein Irrthum Nachtheil gebracht hat, ſo geſtaltet iſt, daß dagegen ohnehin, und ſelbſt Männern, Hülfe gewährt wird, dann haben die Frauen die Begünſtigung, daß ihnen auch der Rechtsirrthum, nicht blos wie den Männern der factiſche, zu gut kommen ſoll. Sie gehören alſo auch zu den Perſonen, quibus jus ignorare permissum est, und das iſt die einzige Ähnlichkeit, die wir zwiſchen ihnen und den Minderjährigen annehmen können.

Jedoch iſt hierin noch eine wichtige Veränderung des Rechts zu bemerken. Urſprünglich war dieſe Begünſtigung der Frauen in Anſehung des Rechtsirrthums eben ſo unbeſchränkt als die der Minderjährigen. K. Leo aber hob dieſelbe im J. 469. als allgemeine Regel auf, und ließ ſie

(e) Von ſolchen Fällen müſſen denn auch folgende etwas unbeſtimmt beſchränkende Ausdrücke verſtanden werden: *L.* 37 § 1 *de minor.* (4. 4.) „utique atrocioribus," *L.* 1 *C. si adv. del.* (2. 35.) „Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit ... restitutionis auxilium competit." Auf die culpoſen Delicte im Allgemeinen kann dieſe mildernde Vorſchrift nicht bezogen werden, da gerade bey der actio Legis Aquiliae die Reſtitution ſchlechthin verneint wird (Note d).

nur als Ausnahme für diejenigen einzelnen Fälle fortdauern, worin ihre Anwendung in früheren Geſetzen ſpeciell erwähnt worden war (a). Von dieſer Änderung des Rechts haben ſich die ſichtbarſten Spuren erhalten theils in Interpolationen (b), theils in ſolchen Stellen, worin das früher ausgedehntere Recht nicht ſowohl ausgeſprochen, als unverkennbar vorausgeſetzt iſt (c). — Nur für Eine Art

(a) *L.* 13 *C. h. t.* „Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his quae praetermiserint vel ignoraverint: statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri." Hätten wir dieſe Stelle allein, ſo könnte man annehmen, das Recht der Frauen ſey von jeher ſo beſchränkt geweſen, und die bisher geltende Rechtsregel ſollte nicht abgeändert, ſondern nur eingeſchärft werden. Allein die Stellen in Note b. und c. machen die im Text dargeſtellte Erklärung nöthig.

(b) *L.* 3 *C. Th. de integri restit.* (2. 16.) vom J. 414 „Et mulieribus, et minoribus in his, quae vel praetermiserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum." Daß damit eine unbeſchränkte Begünſtigung der Frauen in Beziehung auf die juris ignorantia gemeynt war, zeigt theils die unbeſtimmte Allgemeinheit des Ausdrucks, theils die Zuſammenſtellung mit den Minderjährigen, deren Recht ohnehin unzweifelhaft iſt. Dieſelbe Stelle nun lautet im Juſtinianiſchen Codex (*L.* 8 *C. de in int. rest. min.* 2. 22.) wörtlich eben ſo, nur mit Weglaſſung der drey erſten Worte (Et mulieribus et), wobey die Abſicht unverkennbar iſt, dieſes Recht der Frauen nicht mehr gelten zu laſſen. — Eine gleiche Interpolation, nur durch Zuſetzen anſtatt durch Weglaſſen, findet ſich in *L.* 9 *pr. h. t.* (Num. XXX. Note c), wo die Worte in quibusdam causis ganz im Sinn der Conſtitution des K. Leo, eingeſchoben ſind.

(c) *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) ſagt, bey Einführung der dreyßigjährigen Klagverjährung: *non sexus fragilitate*, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda (ſ. o. Num. XXVII.) welches offenbar vorausſetzt, daß die hier zuſammengeſtellten Perſonen gegen die bisher bekannten kürzeren Verjährungen Reſtitution haben konnten, weil es außerdem überflüſſig war, dieſe Reſtitution für die neu ein-

von Rechtsgeschäften sollte auch schon im älteren Recht die juris ignorantia den Frauen nicht zu gut kommen, bey Schenkungen nämlich (d).

Wir haben also nunmehr die einzelnen Fälle aufzusuchen, in welchen die Frauen ausnahmsweise befugt seyn sollen, sich auf ihre Rechtsunwissenheit zu berufen, und worauf der Ausdruck der Constitution von Leo (in his tantum casibus), nach dem Inhalt der Justinianischen Gesetzgebung, allein noch anzuwenden ist.

Es gehört dahin die Annahme eines untauglichen Bürgen im Prozeß (Num. XIX. Note d.).

Ferner die unterlassene Urkundenedition (Num. XXIX.).

Ferner die versäumte Form, welche nach aufgelöster Ehe im Fall der Schwangerschaft zu beobachten war (Num. XXIX.).

Ferner die Zahlung einer solchen Schuld, gegen welche sie durch die exceptio Scti Vellejani geschützt war, wenn die Frau dieses Senatusconsult nicht kannte (e).

geführte längere Verjährung zu verbieten. Bey den Frauen nun kann diese Restitution nichts Anderes seyn, als eine Folge der ihnen damals allgemein nachgesehenen Rechtsunwissenheit. — Eben dahin gehört die in den Stellen der folgenden Note erwähnte Ausnahme bey Schenkungen, die nur unter Voraussetzung der entgegengesetzten Regel bey allen anderen Rechtsgeschäften Sinn hat. Endlich auch die allgemeine Gleichstellung von rusticitas und sexus im *L.* 2 §7 *de j. fisci* (49. 14.).

(d) *L.* 11 *C. h. t.*, und die auf dieselbe Ausnahme anspielenden Worte ne maribus quidem in *L.* 8 *h. t.* Vgl. über beide Stellen oben Num. VIII.

(e) *L.* 9 *C. ad Sc. Vell.* (4. 29.). Es ist dieses eine einzelne Ausnahme von der Regel, welche die condictio indebiti im Fall des Rechtsirrthums überhaupt ausschließt. Donellus will diese Ausnahme auf alle von Frauen

Außerdem aber gehören dahin auch die Fälle des Strafrechts, worin die Frau aus Unkunde eines völlig poſitiven Strafgeſetzes (juris civilis) gefehlt hat. Hierin ſteht die Frau mit dem Minderjährigen noch jetzt faſt ganz auf gleicher Linie. Als ſolche Fälle werden namentlich erwähnt: Incestus juris civilis, Sc. Turpillianum, und das Vergehen der Frau, welche in ein ihr dictirtes Teſtament Verfügungen zu ihrem eigenen Vortheil aufnimmt; dieſes letzte jedoch nur unter beſonderen, entſchuldigenden Umſtänden (Num. XXI.).

Dagegen kommt nun gewiß nicht mehr der Rechtsirrthum einer Frau zu gut in folgenden wichtigen Fällen:

Bey dem Titel einer Uſucapion.

Bey der Friſt der Bonorum Possessio (f).

Bey der Friſt der Klagverjährung.

Denn für die dreyßigjährige iſt ihr die Begünſtigung ausdrücklich unterſagt (Num. XXVII.), für die kürzeren aber iſt ſie ihr nicht beſonders beygelegt, folglich kann ſie dar-

aus Rechtsirrthum geleiſtete Zahlungen ausdehnen (I. 21 § 13), und er führt zum Beweiſe an die *L.* 5 *C. de pactis* (2. 3.). Allein die Worte dieſer Stelle „cum et solutum *per ignorantiam* repeti potuisset" können eben ſo gut von einem factiſchen Irrthum verſtanden werden, beweiſen alſo jene ausgedehnte Ausnahme nicht.

(f) Hier iſt die Begünſtigung ausdrücklich verneint in *L.* 3 *C. h. t.*, und *L.* 6 *C. qui admitti* (6. 9.). Beide Stellen ſind älter als die Verordnung des K. Leo. Ob ſie nun mit Rückſicht auf dieſe interpolirt ſind (was man ihnen allerdings nicht anſieht), oder ob den Frauen von jeher, bey der B. P. allein, der Rechtsirrthum weniger als in allen anderen Fällen zu Hülfe kommen ſollte, muß unentſchieden bleiben. Das Reſultat des neueſten Rechts iſt unzweifelhaft.

auf, nach dem Gesetz des K. Leo, keinen Anspruch mehr haben, obgleich sie einen solchen vor diesem Gesetz ohne Zweifel hatte.

XXXII.

Es ist ferner zu betrachten der Zustand ganz roher, ungebildeter Menschen (Rusticitas), deren allgemeine Unwissenheit auch über ihre besondere Rechtsunkunde keinen Zweifel läßt (a).

Diese haben eben so wenig, als die Frauen, einen allgemeinen Restitutionsgrund. Ihnen kommt die Rechtsunwissenheit nur in folgenden einzelnen Fällen zu gut.

Bey der versäumten Frist der Bonorum Possessio, wobey sie gerade den Frauen nicht gestattet ist (Num. XXIV.) (b).

(a) Rusticitas bezeichnet also nicht einen Stand oder ein Gewerbe, sondern einen Geisteszustand, der sich allerdings vorzugsweise bey dem abgesonderten Leben der untersten Klassen auf dem Lande finden wird. Imperitia ist zweydeutiger: Es heißt oft die Unwissenheit im Einzelnen, als Thatsache, also so viel als ignorantia. Einigemal steht es neben rusticitas (imperitia *vel* rusticitas, vgl. Num. XXI. Note h. k und t). Dann heißt es wohl die allgemeine Rechtsunwissenheit der einzelnen Person, die neben mancher andern Art von Kenntniß oder Bildung bestehen kann, und darum von der umfassenderen rusticitas noch verschieden ist. — Vgl. auch Mühlenbruch S. 446 fg.

(b) Es ist wohl nicht zufällig, daß gerade hierin eine Begünstigung gilt. Verwandtschaft und Erbschaft findet sich bey jeder Bildungsstufe, und ist auch jedem Stande gleich wichtig. Bey sehr ungebildeten Menschen wird es aber leicht selbst an der Ahnung fehlen, daß Formen zu beobachten und Rath einzuholen seyn möchte. Frauen dagegen, die nicht zu der untersten Klasse gehören, auch wenn sie völlig rechtsunkundig sind, werden doch leichter die

Bey der verſäumten Urkundenedition (Num. XXIX.).

Bey einigen ſtrafbaren Handlungen, deren Strafbarkeit eine blos poſitive Natur hat; namentlich bey der Verletzung obrigkeitlicher Edicte, Sc. Silanianum, und bey Ungehorſam gegen eine in jus vocatio (Num. XXI.).

In anderen Fällen, namentlich bey der Uſucapion und der Klagverjährung, kann keine Ausnahme zum Vortheil dieſes Zuſtandes behauptet werden.

XXXIII.

Bey Soldaten kamen zwey verſchiedene Rückſichten zuſammen, um große Begünſtigungen zu bewirken: die Anerkennung, daß ſie meiſt durch ihre Beſchäftigung an der Erwerbung von Rechtskenntniſſen verhindert werden; zugleich aber der Wunſch, durch Privilegien die Neigung zum Soldatenſtand zu befördern, wovon ſich ja auch anderwärts viele Beyſpiele finden.

Dennoch haben ſie ihres Standes wegen eine allgemeine Reſtitution, etwa gleich den Minderjährigen, nie erhalten; in vielen Fällen aber werden ſie an der allgemeinen Reſtitution der Abweſenden Antheil nehmen, die ſogar urſprünglich als ein höchſt billiger Schutz der im Feld ſtehenden Soldaten eingeführt worden iſt.

Dagegen iſt allerdings von den Kaiſern die unverſchuldete Rechtsunwiſſenheit der Soldaten im Allgemeinen an-

Wichtigkeit eines Todesfalls inſoweit begreifen, daß ſie um Rath fragen werden.

erkannt worden (a). Indeſſen hat dieſelbe niemals zu einer allgemeinen Reſtitution der Soldaten wegen Rechtsunwiſſenheit geführt, ſondern nur zu einzelnen, allerdings wichtigen, Begünſtigungen, worüber jetzt eine Überſicht gegeben werden ſoll.

Eine derſelben iſt zu einer regelmäßigen Rechtsform ausgebildet worden, und kommt alſo nicht mehr als Reſtitutionsgrund in Betracht; es iſt das Soldatenteſtament, deſſen privilegirte Gültigkeit ausdrücklich durch die Rechtsunkunde der Soldaten begründet wird (b).

Soldaten werden reſtituirt, wenn ſie die Friſt zur aditio einer hereditas verſäumen (c), oder zur agnitio einer Bonorum Possessio (d).

Wenn ſie aus Unkunde eine ſehr verſchuldete Erbſchaft antraten, ſo erhielten ſie dagegen im früheren Recht Reſtitution (e). Dieſe hat Juſtinian dadurch entbehrlich gemacht, daß er allgemein, nicht blos für Soldaten, das Inventarium einführte, wodurch der Erbe von den die Erbſchaft überſteigenden Schulden frey wird. Für dieſes

(a) *L.* 22 *pr. C. de j. delib.* (6. 30.). „arma etenim magis quam jura scire milites, sacratissimus Legislator existimavit.

(b) *L.* 1 *pr. de test. mil.* (29. 1.). „simplicitati eorum consulendum existimavi." — *pr. J. de militari test.* (2. 11.). „propter nimiam imperitiam."

(c) *L.* 9 § 1 *h. t.* Ohne Zweifel ſprach die Stelle von einer cretio, und iſt daher interpolirt. Im Juſtinianiſchen Recht muß ſie verſtanden werden von einer Erbeinſetzung, bedingt durch den Antritt innerhalb eines beſtimmten Zeitraums, alſo dem Weſen nach der alten cretio ähnlich.

(d) *L.* 1 *C. de restit. mil.* (2. 51.).

(e) § 5 *J. de hered. qual.* (2. 19.), *L.* 22 *pr. C. de j. delib.* (6. 30.).

Inventarium freylich sind kurze Fristen vorgeschrieben; aber von der Beobachtung dieser Fristen sind wieder die Soldaten dispensirt (f).

Bey Strafgesetzen genießen sie keine allgemeine Befreyung. Ein Soldat, der in ein ihm dictirtes Testament eine Verfügung zu seinem Vortheil aufnahm, erhielt Freyheit von der Strafe (Num. XXI. Note p).

Über diese einzelnen Fälle hinaus zu gehen, ist selbst im Justinianischen Recht kein Grund vorhanden. Für das heutige Recht aber müssen wir die Unanwendbarkeit auch dieser Bestimmungen behaupten, da sie sich auf die Stellung der Soldaten als eines eigenen Standes bezieht, die zu den Staatseinrichtungen, also zum öffentlichen Rechte, gehört (g).

Fassen wir die hier dargestellten Klassen von Personen (Num. XXX — XXXIII.) unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammen, so finden wir, daß ihnen allen mehr als gewöhnlich die Rechtsunwissenheit nachgesehen, das heißt daß sie zu ihrem Vortheil der factischen Unwissenheit gleich behandelt wird; jedoch dieses wieder in verschiedenen Graden, so daß sich eine durchgreifende praktische Re-

(f) *L.* 22 § 15 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(g) Anders ist es mit dem Militärtestament, wobey nicht blos der Stand als solcher, sondern auch die Handlung unter besonderen Umständen, in Betracht kommt, welche Umstände in unsrer Zeit dieselben sind wie bey den Römern. Ohnehin ist diese Testamentsform in den Deutschen Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannt.

gel für die Vier Klaſſen nicht aufſtellen läßt. Aber nicht blos dieſe Nachſicht muß bey ihnen angewendet werden, ſondern es liegt dabey auch unzweifelhaft der Gedanke zum Grunde, daß bey ihnen ſtets die Rechtsunwiſſenheit als Thatſache vermuthet werde, ſo lange nicht ihre Rechtskenntniß beſonders bewieſen werden kann (h).

XXXIV.

Die juriſtiſche Lehre vom Irrthum iſt dadurch nicht wenig verdunkelt worden, daß man (theilweiſe ſchon in den alten Rechtsquellen) Fälle in dieſelbe eingemiſcht hat, die eigentlich außer ihrem Gebiet liegen. Von einer Einwirkung des Irrthums nämlich kann nur da die Rede ſeyn, wo die gewöhnlichen, regelmäßigen Folgen ſolcher juriſtiſchen Thatſachen, die auf dem freyen Willen beruhen, durch das Daſeyn eines Irrthums aufgehoben oder verändert werden, indem der Wille, mit Rückſicht auf dieſen Irrthum, als ein unvollkommner Wille betrachtet wird (Num. II.). Iſt aber der Fall, worin ein Irrthum vorkam, auch ſchon an ſich ſelbſt ſo geſtaltet, daß es an den nothwendigen Bedingungen einer juriſtiſchen Thatſache fehlt, ſo iſt es nicht der Irrthum, der die Folgen derſelben hindert, weshalb es unrichtig iſt, in dieſen Fällen von einer Einwirkung des Irrthums zu reden, und dieſelben überhaupt mit den bisher abgehandelten Fällen zuſammen

(h) Dieſe Anſicht iſt deutlich ausgeſprochen bey dem Minderjährigen, der die Zollgeſetze übertritt, ſ. o. Num. XXI. Note m.

zu ſtellen. Man kann dieſe Fälle als unächten Irrthum bezeichnen.

Wenn alſo ein Eigenthümer fälſchlich glaubt, ſeine Sache gehöre einem Andern, und dieſe Meynung auch wörtlich ausſpricht, ſo ſchadet das ſeinem Eigenthum nicht (a). Eben ſo wenn er es dadurch ausſpricht, daß er dem Andern, der dieſelbe Sache gegen einen Dritten vindicirt, in dieſem Rechtsſtreit Beyſtand leiſtet (b). Eben ſo, wenn er es durch die That erklärt, indem er dem Andern, den er für den Eigenthümer hält, Früchte der Sache zukommen läßt (c). Der Grund der Unſchädlichkeit liegt nicht in dem Irrthum, ſondern darin daß dieſe einſeitige Handlungen ſchon an ſich ſelbſt keine rechtsverbindliche Natur haben.

Wenn der Eigenthümer eines Sklaven dieſen aus Irrthum als einen freyen Menſchen anerkennt, ſo wird dadurch der Sklave nicht frey, und der Eigenthümer oder deſſen Erben können ihn noch immer in servitutem vindiciren (d). Denn die Freyheit des Sklaven entſteht nur durch die Freylaſſung in beſtimmten Formen (e), und die

(a) *L.* 18 *C. de rei vind.* (3. 32.).

(b) *L.* 54 *de rei vind.* (6. 1.).

(c) *L.* 79 *de leg.* II. (31. un.). Hier heißt es „juris ignoratione lapsi;" und dennoch ſollen ſie ihr wahres Recht geltend machen können.

(d) *L.* 8. 9 *C. de jur. et facti ign.* (1. 18.). Dieſe beide Stellen gehören unter diejenigen, woraus man die unrichtige allgemeine Regel gebildet hat, daß jeder Irrthum den Willen ausſchließe (Num. VII.). Der Ausdruck derſelben iſt freylich nicht vorſichtig genug gefaßt.

(e) Allerdings gehörte unter dieſe Formen auch die unfeyerliche manumissio inter amicos,

einseitige Anerkennung einer schon vorhandenen Freyheit ist eine gleichgültige, wirkungslose Handlung.

Wenn ein Erbe gegen seine Miterben eine unvollständige Collation vornimmt, indem diese sie für vollständig halten, also nicht durch Vertrag das Fehlende erlassen, so können dieselben das Fehlende in der Theilung nachfordern, weil jene vorläufige Handlung an sich nichts Rechtsverbindliches hat (f). Es ist also wie eine unvollständige Geldzahlung, die man für vollständig hält, und wodurch die Nachforderung des Restes nicht ausgeschlossen wird (g).

Wer ein Stück seines Vermögens für mütterliches Erbgut irrig erklärt, da es in der That väterliches ist, wird dadurch nicht gebunden, weil eine solche einseitige Erklärung an sich nichts Verbindliches hat (h).

Nach altem Recht sollte der Eheloſe aus einem Testament gar Nichts bekommen können, der Kinderloſe nur die Hälfte des ihm angewiesenen Werthes; das, was ein

und die Berufung auf den Irrthum konnte dazu dienen, um die Behauptung einer solchen zu widerlegen. Dann aber stand doch nur die Thatsache in Frage, und der Grund, warum der Sklave nicht frey wurde, lag nicht in dem Irrthum, sondern darin daß der Wille des Herrn, den Sklaven in einen Freyen zu verwandeln, nicht vorhanden war.

(f) *L.* 20 *pr. fam. herciſc.* (10. 2.).

(g) Wer zu viel zahlt, bedarf einer condictio indebiti, weil die Tradition des Geldes Eigenthum übertragen hat. Wer zu wenig annimmt, bedarf weder einer Klage noch einer Exception, weil für den nicht gezahlten Theil der Schuld noch gar nichts juriſtiſch Wirkſames geſchehen iſt. Nur wenn eine Acceptilation der ganzen Schuld hinzugekommen wäre, würde er eine condictio gebrauchen.

(h) *L.* 5 *C. de jur. et facti ign.* (1. 18.).

Solcher nicht erwerben konnte, ſollte in vielen Fällen (ſpäterhin immer) dem Fiscus zufallen. Nur wer die ihm günſtige Verfügung des Teſtaments und ſeine Incapacität freywillig anzeigte, ſollte zum Lohn für dieſe Offenheit die Hälfte der dem Fiscus gebührenden Portion erhalten (i). Hatte er aber aus Irrthum die Anzeige gemacht, obgleich er in der That nicht unfähig war (k), ſo ſollte ihm dieſe irrige Anzeige nicht ſchaden, das heißt er ſollte dennoch alles ihm Zugedachte bekommen, ohne die Hälfte an den Fiscus abgeben zu müſſen (l). Der Grund lag hier offenbar nicht in dem entſchuldigenden Irrthum bey der Delation, ſondern darin daß der Anſpruch des Fiscus an ſich gar nicht auf die Delation gegründet war, ſondern auf die (in einem ſolchen Fall gar nicht vorhandene) Incapacität.

Ein ähnlicher Fall iſt der, wenn Jemand ſeine eigene Sache, die er für eine fremde hält, aus dem Beſitz eines

(i) *L.* 13 *pr.* § 1 *de j. fisci* (49. 14.).

(k) Dieſes läßt ſich beyſpielsweiſe ſo denken. Das Geſetz ſollte überhaupt nicht Anwendung finden bey den an nahe Verwandte angewieſenen Erbſchaften oder Legaten. Nun konnte es geſchehen, daß ein zum Erben eingeſetzter Erbe ſich irrig für unfähig hielt, entweder weil er über die Verwandtſchaft in Unwiſſenheit war, oder weil er die geſetzliche Begünſtigung nicht kannte; das erſte war ein factiſcher, das zweyte ein Rechtsirrthum.

(l) *L.* 13 § 10 *de j. fisci* (49. 14.), nach Reſcripten dreyer Kaiſer. *L.* 2 § 7 *eod.*, nach complura rescripta. Dann folgt aber der Zuſatz, nach Einem Reſcript könnte man behaupten, dieſe Freyheit von den Nachtheilen der irrigen Selbſtdelation gelte nur „si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem, vel propter sexum femininum, jus suum possit." Von dieſem Zuſatz wird ſogleich weiter die Rede ſeyn.

Andern entwendet, der gar kein Recht (auch nicht ein jus in re) daran hat, vielleicht ſelbſt durch Diebſtahl in ihren Beſitz gekommen iſt. Der entwendende Eigenthümer hat zwar die Abſicht eines Diebſtahls, begeht aber einen ſolchen dennoch nicht, weil zum Weſen des Diebſtahls eine Rechtsverletzung gehört, die hier unmöglich iſt. Es befreyt ihn alſo nicht etwa der entſchuldigende Irrthum, ſondern der Umſtand, daß der Begriff des Diebſtahls (das corpus delicti) gar nicht vorhanden iſt (m).

Unter einen gleichen Geſichtspunkt aber ſind ferner auch die Fälle zu bringen, welche man als error in corpore oder in substantia bezeichnet. Bey dieſen iſt gar nicht (ſo wie bey dem wahren Irrthum) von einem unvollkommenen, und darum oft minder wirkſamen, Willen die Rede, ſondern vielmehr von einem Mangel an Übereinſtimmung des Willens ſelbſt, mit der Erklärung des Willens (n). Ein Beyſpiel wird die Grundverſchiedenheit ſogleich anſchaulich machen. Wenn ein Kaufcontract über den Skla-

(m) Ähnliche Fälle kommen auch im Prozeß vor. Dabey hängt Alles von der Frage ab, unter welchen Bedingungen die Erklärung einer Partey an ſich unverbindlich, oder einer Berichtigung empfänglich iſt, und die Beantwortung dieſer Frage kann nicht aus der allgemeinen Lehre vom Irrthum, ſondern nur aus den beſonderen Beſtimmungen des Prozeßrechts entnommen werden. Dahin gehören *L.* 6 § 1 *de off. praes.* (1. 18.), *L. un. C. ut quae desunt* (2. 11.), *L.* 1. 2. 3 *C. de error. advoc.* (2. 10.), und noch mehrere andere Stellen.

(n) Vgl. hierüber das Rechtsſyſtem § 135. 138. Auf den error in corpore iſt am Wahrſcheinlichſten zu beziehen *L.* 116 § 2 *de R. J.* (50. 17.), eine der Stellen, woraus man beweiſen wollte, daß der Irrthum den Willen überhaupt ganz ausſchließe (Num. VII.). Vgl. § 136. m.

ven Stichus geſchloſſen wird, der Verkäufer aber hat zwey Sklaven dieſes Namens, und Jeder der Contrahenten denkt an einen andern Stichus, ſo hat Keiner von Beiden geirrt, vielmehr hat Jeder einen beſtimmten und richtigen Gedanken gehabt, und es fehlt nur an der Übereinſtimmung, die blos ſcheinbar vorhanden war, und über deren Daſeyn allein Beide irrten. Wir haben alſo nicht zu thun mit einem geſchloſſenen, wegen des Irrthums unwirkſamen, Vertrag. Vielmehr fehlt das Daſeyn irgend eines Vertrags gerade ſo, wie wenn Einer einen Vertrag anbietet, der Andere verneint, und der Erſte glaubt fälſchlich, eine Bejahung gehört zu haben.

Endlich gehören zu dieſem unächten Irrthum auch mehrere der ſchon oben abgehandelten Fälle. Wenn nämlich wegen des Irrthums diejenige Auslegung einer Handlung verneint wird, wodurch ſie außerdem als ſtillſchweigende Willenserklärung zu betrachten geweſen wäre (Num. XII.), ſo wollen wir nicht die regelmäßige Wirkung einer juriſtiſchen Thatſache ausſchließen, ſondern vielmehr das Daſeyn einer ſolchen verneinen, und nur den falſchen Schein aufdecken, der uns zur Annahme dieſes Daſeyns verleiten könnte. Ganz eben ſo verhält es ſich in den wichtigen Fällen, worin wir wegen des Irrthums das Daſeyn eines Dolus nicht annehmen können, alſo auch, weil derſelbe gar nicht vorhanden iſt, jede rechtliche Folge deſſelben ſchlechthin abweiſen müſſen (Num. XX—XXIII.).

Indem ich nun behaupte, daß alle dieſe Fälle des un-

ächten Irrthums aus der Lehre vom Irrthum sorgfältig entfernt werden müssen, könnte man einwenden, dieses sey eine überflüssige, blos theoretische Strenge, da das Resultat ja doch dasselbe sey. Allein das praktische Interesse der Unterscheidung ist im Gegentheil sehr groß. Die Grundregel des eigentlichen Irrthums ist die, daß derselbe, da wo er überhaupt von Einfluß ist, diesen Einfluß dennoch verlieren soll, wenn er ein verschuldeter, namentlich also wenn er ein Rechtsirrthum ist. In allen hier zusammen gestellten Fällen dagegen kann es auf diesen Umstand durchaus nicht ankommen. Wer also durch eine einseitige Erklärung an seiner Sache das Eigenthum eines Andern fälschlich anerkennt, der ist daran nicht gebunden, auch wenn ein Rechtsirrthum seiner falschen Meynung zum Grunde liegt. In einer der oben angeführten Stellen ist dieses sogar ausdrücklich anerkannt (Note c). Allerdings wird in einer anderen Stelle (Note l) eine entgegengesetzte Behauptung aufgestellt; die irrige Selbstdelation an den Fiscus soll nur dann nicht schaden, wenn der Irrthum durch die Rusticität oder durch das weibliche Geschlecht der irrenden Person entschuldigt werde. Allein dieser (der Natur der Caducität ganz widersprechende) Satz wird doch nur als die mögliche Consequenz eines einzelnen (von den übrigen verschieden lautenden) Rescripts versuchsweise aufgestellt, nicht bestimmt behauptet; auch ist darin eine bloße Fiscalität kaum zu verkennen. — Eben so ist es bey dem error in corpore ganz

gleichgültig, ob das Misverſtändniß vielleicht von einer Seite leicht zu vermeiden, alſo verſchuldet war. — Endlich iſt auch da, wo der Dolus durch Irrthum ausgeſchloſſen wird, die Beſchaffenheit deſſelben ganz ohne Einfluß, ſo daß ſelbſt der Rechtsirrthum keine nachtheilige Folgen hat, wie dieſes in einer Stelle des R. R. (Num. XXII.) ausdrücklich anerkannt wird.

XXXV.

Ich kehre jetzt zu der oben (Num. XI.) einſtweilen ausgeſetzten, wichtigen und beſtrittenen, Frage zurück, ob die condictio indebiti nicht blos durch einen factiſchen Irrthum (worüber kein Streit iſt), ſondern auch durch einen Rechtsirrthum, begründet werden könne? Ich muß dieſe Frage entſchieden verneinen, und habe hierin die größere Zahl namhafter Rechtslehrer auf meiner Seite (a).

(a) Die Frage wird gleichfalls verneint von Cujacius opp. VII. 895. Donellus I. 21 § 12. 18, XIV. 14 § 5—10. Voet. XII. 6 N. 7. Cocceji XII. 6. qu. 14 (wo zugleich viele Schriftſteller für die Anerkennung dieſer Meynung in der Praxis angegeben werden). Merlin Répertoire v. Ignorance § 1. — Sie wird bejaht von Vinnius quaest. I. 47. Mühlenbruch S. 419—431. — Höpfner § 954 unterſcheidet zwiſchen Gewinn und Schadensabwendung, womit ohnehin Nichts anzufangen iſt. Thibaut Pandekten § 29 bejaht die Frage, aber in den Vorleſungen (Braun S. 41—43) fügt er die Bedingung hinzu, wenn der Rechtsirrthum entſchuldbar ſey, und damit bin ich ganz einverſtanden. Eben ſo Bangerow Pandekten I. S. 100—104, der alſo auch nur ſcheinbar zu den Gegnern gehört. Glück B. 13 S. 128—151 verneinte zuerſt; nachdem aber die Abhandlung von Mühlenbruch erſchienen war, gerieth er (B. 22 S. 336—340) in ſolches Schwanken, daß der Leſer völlig rathlos bleibt.

Die hier ausgesprochene Verneinung geht mit Nothwendigkeit hervor aus der ganzen, in gegenwärtiger Abhandlung dargestellten, Natur des Irrthums. Derselbe soll nicht überall helfen, sondern nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen; auch die condictio indebiti versteht sich nicht von selbst, der Zahlende hat freywillig das Geld veräußert, und es ist besondere Begünstigung aus Billigkeit, wenn ihm die Rückforderung verstattet wird (b). In den Fällen aber, worin der Irrthum zur Abwendung eines Nachtheils geltend gemacht werden kann, ist doch diese Hülfe ausgeschlossen im Fall eines verschuldeten Irrthums, und als ein solcher wird in der Regel jeder Rechtsirrthum betrachtet (Num. III.). Durch diese allgemeine Betrachtung ist die Verneinung der aufgeworfenen Frage begründet, und sie erhält eine große Unterstützung dadurch, daß diese Betrachtung sich jetzt bereits in der Anwendung auf so viele andere Rechtsverhältnisse, worin der Irrthum von Einfluß ist, bewährt hat.

Ich will aber sogleich einige, schon oben begründete, Einschränkungen des Satzes hinzufügen, wodurch vielleicht die Gegner geneigter werden möchten ihn anzunehmen. Der Satz gilt nicht, wenn der Irrthum nicht den Inhalt der Rechtsregel, sondern die Subsumtion einer verwickelten Thatsache unter die Regel betrifft (Num. I. V.). — Eben so auch nicht, wenn die Rechtsregel selbst nicht leicht mit Sicherheit zu erkennen ist, welches sowohl bey dem

(b) Cujacius opp. VII. 895. A.

controverſen, als bey dem partikulären Recht vorzugsweiſe der Fall ſeyn wird; denn in dieſen Fällen führt ſelbſt die Erkundigung bey Rechtsverſtändigen oft zu keinem ſichern Erfolg, wodurch alſo der Rechtsirrthum, wo er ſich zeigt, zu einem unverſchuldeten wird (Num. IV.). Dieſes wird häufiger in unſrem heutigen Rechtszuſtand eintreten, aber auch bey den Römern fehlt es nicht an Beyſpielen eines Rechtsirrthums, bey welchem nach dieſem Grundſatz die condictio indebiti zugelaſſen werden mußte. So z. B. wenn der Erbe ein unter unmöglicher Bedingung auferlegtes Damnationslegat auszahlte (c), oder wenn der Kauf auf die Beſtimmung des Kaufpreiſes durch eine dritte Perſon geſchloſſen war, und nun der Käufer das Geld auszahlte (d). Denn in dieſen beiden Fällen war vor Juſtinian die Gültigkeit der Obligation controvers, und es konnte daher von keiner Seite der etwa vorhandene Rechtsirrthum als ein verſchuldeter, leicht zu vermeidender, angeſehen werden. — Ferner darf auch der aufgeſtellte Satz nicht zur Anwendung kommen, da wo nicht der Irrthum als ſolcher, ſondern etwas außer ihm Liegendes, das Überwiegende iſt. Dieſer Fall tritt ein, wenn der Empfänger den Irrthum veranlaßt hat oder wenigſtens wiſſentlich duldet (Num. V.). Hier gilt der Empfang des Geldes ſogar als wahrer Diebſtahl (e), wobey es natürlich keinen

(c) Gajus Lib. 3 § 98.
(d) Gajus Lib. 3 § 140.
(e) *L.* 18 *de condict. furtiva* (13. 1.). „.... furtum fit, eum quis indebitos numos sciens acceperit" ...

Unterſchied machen kann, ob es bey dem Geber ein factiſcher oder ein Rechtsirrthum war. Dann aber muß conſequenterweiſe auch für den Fall, wo nicht ſogleich Geld gegeben, ſondern erſt eine Obligation contrahirt war (indebita obligatio) (f), dem Schuldner die condictio indebiti geſtattet werden. Ja wollte man ſie verſagen, ſo würde ihm wenigſtens die doli actio eingeräumt werden müſſen, worin aber eine noch härtere Behandlung des Gegners liegen würde. Daſſelbe aber, was hier vom Dolus behauptet worden iſt, muß gewiß auch gelten in den ausgenommenen Fällen, worin ſelbſt das wiſſentlich Gezahlte mit der Condiction zurückgefordert werden kann, wie bey der Spielſchuld, der nicht inſinuirten großen Schenkung, und den wucherlichen Zinſen; denn da, wo ſelbſt das Bewußtſeyn des Zahlenden die Condiction nicht hindert, kann um ſo weniger der etwa vorhandene Rechtsirrthum im Wege ſtehen, indem hier überhaupt nicht der Irrthum das entſcheidende Moment iſt, ſondern die durchgreifende Handhabung abſoluter Rechtsregeln. — Endlich aber wird jener Satz auch nicht gelten können zum Nachtheil ſolcher Perſonen, denen im Allgemeinen jeder Rechtsirrthum nachgeſehen wird. Dieſes iſt unſtreitig der Fall bey den Minderjährigen (Num. XXX.). Im früheren Recht war es eben ſo bey den Frauen; im Juſtinianiſchen Recht iſt nur noch als einzelne Ausnahme der Fall übrig, wenn eine Frau aus Unbekanntſchaft mit dem Sc. Velle-

(f) *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 51 *pr. de pactis* (2. 14.).

janum eine Zahlung leiſtet, die ſie verweigern konnte (Num. XXXI. e).

XXXVI.

Für die entgegengeſetzte Meynung werden folgende allgemeine Gründe geltend gemacht.

1. Die Regel, daß ſich Niemand durch den Schaden eines Andern bereichern ſoll (a). — Dieſe Regel iſt indeſſen ſo allgemeiner und unbeſtimmter Natur, daß ſie eine unmittelbare Anwendung auf die Beurtheilung praktiſcher Rechtsfragen gar nicht zuläßt, ſondern lediglich auf die Entſtehung mancher Rechtsregeln Einfluß gehabt hat, ſo daß ſie höchſtens als einzelnes Element in wirklich praktiſchen Regeln enthalten iſt, wo ſie nur in Verbindung mit ſehr concreten Vorausſetzungen Leben und Wirkſamkeit erhält. So wird ſie in der That in den angeführten Stellen (Note a) erwähnt, und zwar gerade als ein Element der in der condictio indebiti wirkſamen praktiſchen Regel, ſo daß wir aus ihr allein unmöglich den Umfang der zur condictio indebiti noch außerdem nöthigen rein praktiſchen Bedingungen beſtimmen können. Wollten wir aber in der That jener Regel, nach ihrer buchſtäblichen Faſſung, praktiſche Anwendbarkeit einräumen, ſo würden wir ſogleich durch die Folgen zur Umkehr genöthigt werden. Denn nach ihr könnte jeder theure Kauf angefochten werden,

(a) *L.* 14 *de cond. indeb.* (12. 6.), *L.* 206 *de R. J.* (50. 17.) Mühlenbruch S. 417.

weil durch ihn der Verkäufer mit dem Schaden des Käufers reicher wird. Um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinns und Verlustes durch freyen Austauſch beruht, wäre es alsdann geſchehen.

2. Der Umſtand, daß ſo viele Stellen, und zwar namentlich im Digeſtentitel de condictione indebiti, den error im Allgemeinen als Bedingung der Condiction ausdrücken, ohne den Rechtsirrthum auszuſchließen (b). — Dieſer Grund widerlegt ſich durch den oben dargeſtellten Zuſammenhang, in welchem allein der Rechtsirrthum vorkommt. Allerdings iſt error die wahre Bedingung der Condiction, aber es iſt dieſem Begriff in allen Anwendungen (nicht blos bey der Condiction) die nähere Beſtimmung gegeben worden, daß er, um wirkſam zu ſeyn, nur nicht ein verſchuldeter Irrthum ſeyn dürfe, wohin aber in der Regel jeder Rechtsirrthum gehört. War es nun nöthig oder möglich, bey jeder einzelnen Erwähnung des Irrthums dieſe nähere Beſtimmung ausführlich zu wiederholen? Es war genug, wenn ſie in einzelnen Stellen niedergelegt war, und dazu war der Titel de juris et facti ignorantia gerade der paſſende Ort. Dieſe Anſicht der Sache erhält volle Beſtätigung durch die ſchlagende Analogie der actio quod metus causa. Bey dieſer iſt metus die allgemeine Bedingung, ſo einfach wird ſie im Edict, und auf gleiche Weiſe in

(b) Mühlenbruch S. 420. 421. — Vgl. hierüber Donellus XIV. 14. § 6. 7.

zahlreichen Anwendungen des Digeſtentitels ausgedrückt. Beyläufig wird geſagt, es reiche nicht jede Furcht hin, ſondern nur die vor einem großen Übel, und nur die vor einem wahrſcheinlichen, nicht in der Ängſtlichkeit einer unmännlichen Seele gegründeten (c). Sollte nun etwa dieſe Einſchränkung in jeder einzelnen Anwendung wiederholt werden, und dürfen wir darum, daß dieſes nicht geſchehen iſt, die Klage bey jeder Furcht ohne Unterſchied zulaſſen? Der Fall iſt genau derſelbe, wie bey der Ausſchließung des Rechtsirrthums als Veranlaſſung der condictio indebiti.

3. Der Rechtsirrthum könne überhaupt geltend gemacht werden zur bloßen Abwendung eines Schadens, eine ſolche aber, und nicht Gewinn, werde ſtets durch die Condiction bezweckt. — Hier muß ich mich auf Dasjenige beziehen, was oben über die Unhaltbarkeit dieſer ganzen Unterſcheidung ausgeführt worden iſt; insbeſondere auch darauf, daß dieſelbe, gerade in Anwendung auf die Condiction, zu gar keinem ſicheren Reſultat führt (d).

4. Der Irrthum überhaupt werde bey der Condiction nur gefordert, um die Abſicht der Schenkung auszuſchließen (e), eine ſolche Abſicht aber ſey bey dem Rechtsirrthum eben ſo wenig, als bey dem factiſchen, vorhanden.

(c) *L.* 5. 6. *quod metus* (4. 2.).

(d) S. o. Num. VIII. — Um dieſem Grunde zu begegnen, hatte Donellus ſeine Unterſcheidung von damnum rei amittendae und amissae ausgeſonnen (I. 21 § 12. 8, XIV. 14 § 9).

(e) *L.* 53 *de R. J.* (50. 17.) „Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est." *L.* 82 *eod.*, *L.* 29 *pr. de don.* (39. 5.), *L.* 47 *de operis libert.* (38. 1.), *L.* 7 § 2 *pro emt.* (41. 4.), *L.* 12 *de novat.* (46. 2.).

— Dieſer Grund iſt der ſcheinbarſte unter allen, jedoch nicht entſcheidend. Es ſteht feſt, daß die wiſſentliche Zahlung (mit einigen Ausnahmen) nicht zurückgefordert werden kann, wohl aber die aus factiſchem Irrthum geleiſtete; der Rechtsirrthum iſt beſtritten. Der Fall der wiſſentlichen Zahlung war am leichteſten und ſicherſten durch die Abſicht der Schenkung zu beſeitigen, und darum wurde vorzugsweiſe dieſer Grund geltend gemacht. Es folgt aber daraus nicht, daß es der einzige Grund ſey, und daß in Ermanglung deſſelben das Gegentheil gelten müſſe. Gerade umgekehrt bedarf jede Anwendung der Condiction einer poſitiven Begründung, dieſe liegt in dem Irrthum, der Irrthum aber darf überall, um wirken zu können, kein verſchuldeter, alſo unter andern kein Rechtsirrthum ſeyn.

XXXVII.

Bisher iſt die Frage aus allgemeinen, für beide Meynungen aufgeſtellten, Gründen erwogen worden; ich wende mich jetzt zu einzelnen Ausſprüchen unſrer Rechtsquellen, welche aber wiederum die Frage theils im Allgemeinen, theils in der Anwendung auf beſondere Fälle, beantworten. Allgemein redende Stellen ſind folgende.

L. 10 *C. h. t.* „Cum quis *jus ignorans* indebitam pecuniam solverit, *cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.*"

L. 6 *C. h. t.* „Si . . indebitam, *errore facti*, olei mate-

riam spopondisse .. animadverterit ... condicentes audiet."

L. 7 C. h. t. „*Error facti*, necdum finito negotio, nemini nocet"...

L. 6 C. de cond. ind. (4. 5.) „Si per *ignorantiam facti* non debitam quantitatem pro alio solvisti .. restitui eo agente providebit."

L. 7 C. eod. „Fideicommissum vel legatum indebitum, *per errorem facti solutum*, repeti posse, explorati juris est."

Wer dieſe übereinſtimmende Stellen läſe, ohne noch irgend eine Meynung über die vorliegende Frage gefaßt zu haben, möchte die entſcheidende Kraft derſelben ſchwerlich in Zweifel ziehen. Wir wollen zuſehen, was unſre Gegner dawider vorzubringen haben (a). Alle dieſe Stellen, ſagt man, haben den großen Fehler, daß ſie Reſcripte ſind: einem Reſcript aber ſoll niemals recht zu trauen ſeyn, weil man nicht weiß, was noch neben dem mitgetheilten Excerpt geſtanden hat, und wie viel von der darin ſcheinbar enthaltenen Regel auf die beſonderen Bedingungen des einzelnen Falles zu rechnen iſt. — Dieſer, die Reſcripte überhaupt entkräftende, Grund darf indeſſen überall nur mit großer Vorſicht angewendet werden. Bey den vier letzten unter den oben abgedruckten Stellen gewinnt er dadurch Schein, daß in denſelben unſre Regel über den Rechtsirrthum nur vermittelſt des argumentum a contrario

(a) Mühlenbruch S. 427—431.

gefunden werden kann, dieſes aber allerdings in Reſcripten bedenklicher als in anderen Stellen iſt. Es wäre alſo denkbar, daß die Kaiſer in dieſen vier Stellen die Zuläſſigkeit des factiſchen Irrthums ausgeſprochen hätten, ohne dabey als Gegenſatz die Unzuläſſigkeit des Rechtsirrthums andeuten zu wollen. Allein wahrſcheinlich iſt dieſes doch nicht, weil ſonſt überall der Gegenſatz beider Arten des Irrthums in der Art vorkommt, daß der eine hilft, der andere nicht hilft. Wer alſo in irgend einer Anwendung die helfende Natur des factiſchen Irrthums ausſpricht (wie es in jenen vier Stellen geſchieht), der wird dabey ſo nothwendig an die nichthelfende Natur des Rechtsirrthums erinnert, daß er es faſt unvermeidlich ausdrücken müßte, wenn er ſie nicht anerkennen wollte.,— Allein ſelbſt jener ſchwache Schein verſchwindet bey der erſten der abgedruckten Stellen. Dieſe ſagt auf das Beſtimmteſte: der factiſche Irrthum hilft zur condictio indebiti, der Rechtsirrthum hilft dazu nicht. Was ſagt nun dagegen Mühlenbruch? Nichts, als es ſey ein Reſcript, und es könne irgend Etwas dabey geſtanden haben, wodurch die ausgeſprochene Regel beſchränkt, oder eigentlich vernichtet werde. Doch nein: er giebt ſogar an, was daneben geſtanden haben werde, nämlich ein Fall von der Falcidiſchen Quart. Aber erſtlich iſt dieſes eine rein willkührliche Zuthat, und zweytens führt es ihn gar nicht einmal zu ſeinem Zweck, wie ſich ſogleich bey der folgenden Stelle zeigen wird. Und heißt denn das überhaupt interpretiren? Die Römer

wußten auch, was Reſcripte ſeyen, und wie ſie behandelt werden müßten, damit der Kern einer reinen Regel von der Hülſe ſeiner zufälligen concreten Umgebung befreyt würde. Von dem Theil des Reſcripts, welcher allein in den Codex aufgenommen iſt, hätten ſie ohne Zweifel geſagt, wie ſie es von anderen Reſcripten wirklich ſagen: illa pars rescripti generalis est (b).

Zu jenen allgemein redenden Stellen will ich nun noch folgende hinzufügen, welche die Unzuläſſigkeit des Rechtsirrthums in einzelnen Anwendungen ausſprechen (c).

L. 9 § 5 *h. t.* Der Erbe, welcher ein Legat ganz auszahlt, ohne die Falcidia, wozu er berechtigt wäre, abzuziehen, hat keine condictio indebiti, wenn er durch Rechtsirrthum dazu veranlaßt wurde. Dieſer Satz wird durch ein ausführliches Kaiſerreſcript belegt (d). Es iſt wohl zu bemerken, in welchem Zuſammenhang dieſe Stelle ſteht. Paulus hatte (im princ.) den allgemeinen Satz an die Spitze geſtellt, der factiſche Irrthum ſey unſchädlich, der Rechtsirrthum aber ſchädlich. Dieſe Sätze werden theils mit Beſchränkungen verſehen, theils durch Anwendungen erläutert, und eine ſolche Anwendung der Schädlichkeit

(b) Vgl. das Syſtem § 24 Note k.

(c) Unter dieſe einzelnen Anwendungen kann man auch rechnen die irrige in jure confessio, die nicht ſchadet, außer wenn ſie auf einem Rechtsirrthum beruht. Denn Das geht ganz aus dem der condictio indebiti zum Grunde liegenden Princip hervor (Num. XIX. g).

(d) Wörtlich Daſſelbe, und eben ſo beſtimmt, nur kürzer, findet ſich in *L.* 9 *C. ad. L. Falc.* (6. 50.).

des Rechtsirrthums ist es denn auch, die in dem eben angeführten § 5 weitläufig dargestellt wird. Könnte man noch daran zweifeln, daß es so gemeynt sey, so würde durch folgende Worte des Rescripts jeder Zweifel verschwinden:

„Quod si ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt: sciant, *ignorantiam facti non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.*"

Also wegen des Rechtsirrthums sollen sie die Condiction nicht haben, und zwar weil in dem Rechtsirrthum ein thörichter Leichtsinn liegt, dessen Folgen sie mit Recht zu tragen haben. Es ist wohl einleuchtend, daß die Entscheidung und der Grund derselben ganz unverändert geblieben wäre, wenn auch irgend eine andere Veranlassung der Condiction vorgelegen hätte; so daß also die Erwähnung der Falcidia ein ganz gleichgültiger Nebenumstand war. — Zu dieser Stelle sagt Mühlenbruch (e), der Grund der Entscheidung liege lediglich in der Falcidia. Die volle Auszahlung der Legate sey nämlich zwar keine naturalis obligatio, aber doch eine Gewissenspflicht, und dieses habe die Folge, daß die Condiction wegen eines Rechtsirrthums wegfalle, die bey jedem andern Indebitum gelten würde. Allein durch diese Erklärung wird zuerst willkührlich der oben dargelegte Zusammenhang der ganzen Stelle ignorirt. Eben so wird ignorirt der wahre Sinn des von den Kaisern

(e) Mühlenbruch S. 393. 394.

ausgesprochenen Grundes, der ja auf jedes andere Indebitum völlig eben so paßt. Was soll nun hier die Gewissenspflicht die keine naturalis obligatio erzeugt? Sie könnte nur erheblich seyn als Beweggrund der Auszahlung; dann waren die Erben wegen ihres Edelmuths zu loben, nicht als stulti zu schelten: davon also war im vorliegenden Fall gar nicht die Rede, sondern vielmehr von einem ganz entgegengesetzten Beweggrund, dem Rechtsirrthum (f). Die ganze von Mühlenbruch zur Rettung seiner Meynung versuchte Erklärung ist also der Stelle völlig aufgezwungen. Und diese Erklärung nun ist es zugleich, die er zur Fiction eines Rechtsfalls benutzt, der ursprünglich in der *L.* 10 *C. h. t.* gestanden haben soll (g). Wollte man ihm also auch diese Fiction nachsehen, so würde damit für die Vertheidigung seiner Sache gegen die *L.* 10 *C. h. t.* gar Nichts gewonnen seyn.

Eine andere Stelle, *L.* 2 *C. si adv. sol.* (2. 33.) drückt unsre Regel in folgender noch allgemeineren Anwendung aus:

„Indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est."

Ein Minderjähriger hatte ein Legat, das er aus irgend

(f) Darum ist es denn auch völlig unrichtig, wenn Mühlenbruch a. a. O. mit *L.* 9 §5 *h. t.* die *L.* 2 *C. de fideic.* (6. 42.) zusammenstellt. Denn in dieser letzten ist geradezu von einem Fall wissentlicher Zahlung aus Achtung gegen den Willen des Verstorbenen die Rede. Der Inhalt beider Stellen hat also gar keine Ähnlichkeit.

(g) Mühlenbruch S. 430. 431.

einem Grunde nicht ſchuldig war, aus Rechtsirrthum ausgezahlt. Er ſoll es zurück bekommen, wenn die Reſtitutionszeit noch nicht abgelaufen iſt. (Alſo nicht, wenn ſie abgelaufen iſt; und eben ſo wenig, wenn die Zahlung von einem Volljährigen geſchah. Gegen dieſes arg. a contrario wird wohl Niemand Etwas einwenden.). — In dieſer Stelle liegt wiederum eine reine, einfache Anwendung unſrer Regel. Mühlenbruch erklärt auch ſie wieder aus der (oben wiederlegten) Natur der Gewiſſenspflicht (h). Freylich iſt er zu dieſem Behuf genöthigt, erſt noch den Fall einer ſolchen in die Stelle hinein zu tragen; denn das indebitum legatum, wovon die Stelle ſpricht, kann ja auch ſo gedacht werden, daß dabey ſelbſt nach ſeiner Anſicht von einer Gewiſſenspflicht nicht die Rede ſeyn würde (i).

XXXVIII.

Ich will nun noch die Stellen angeben, welche von den Gegnern für ihre Meynung angeführt werden (a). Davon iſt eigentlich nur die erſte von einiger Erheblichkeit.

L. 1 *pr. ut in poss.* (36. 4.). Der Teſtamentserbe mußte den Legataren Caution ſtellen, und davon konnte

(h) Mühlenbruch S. 440, verbunden mit S. 393. 394.

(i) So z. B. wenn der Teſtator die Legate einem Miterben allein auflegte, und der Minderjährige aus Rechtsirrthum glaubte, er ſey dennoch mit verpflichtet; oder wenn der Legatar ein Peregrinus war, und der Minderjährige von dieſer Unfähigkeit Nichts wußte, der Teſtator vielleicht auch Nichts.

(a) Die meiſten dieſer Stellen finden ſich bey Mühlenbruch S. 418 u. fg., einige bey Glück.

ihn nach älterem Recht ſelbſt der Wille des Teſtators nicht entbinden; dieſe letzte Beſtimmung wurde von M. Aurel durch ein Reſcript aufgehoben, welches in die Semestria dieſes Kaiſers aufgenommen wurde (b). Nun hatte ein Erbe die ihm erlaſſene Caution dennoch geleiſtet. That er es, weil er von dem Erlaß im Teſtament Nichts wußte, ſo konnte er unſtreitig mit der condictio indebiti die Befreyung von der Caution verlangen. Wie aber, wenn er dieſen Erlaß für unwirkſam hielt, alſo in einem Rechtsirrthum befangen war? Darüber ſagt hier Ulpian:

„Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse."

Auf den erſten Blick iſt es einleuchtend, wie ſchüchtern und zweifelnd der Juriſt ſeine Meynung vorbringt, gleichſam verſuchsweiſe; daran iſt alſo wohl nicht zu denken, mit dieſer einzelnen Äußerung die vielen entſchiedenen Ausſprüche für die entgegengeſetzte Meynung zu entkräften. Aber wie iſt auch nur dieſe zweifelnde Äußerung zu erklären, da alle andere Stellen ſo entſchieden ſprechen? Man hat geſagt, es ſey hier nur ein geringes Intereſſe im Spiel geweſen (c); das iſt völlig willkührlich, und wo wäre die Gränze? Eine andere Erklärung iſt die, es handle ſich hier von einer indebita promissio, nicht solutio (d); aber beide haben nicht nur auch ſonſt überall glei-

(b) *L.* 46 *de pactis* (2. 14.), *L.* 2 *C. ut in poss.* (6. 54.). Über die Semestria von D. Marcus vgl. das Syſtem § 24 Note v.

(c) Cujacius opp. IV. 1432.

(d) Donellus I. 21 § 18.

ches Recht, ſondern gerade die Nothwendigkeit des factiſchen Irrthums wird auch bey der indebita promissio ausdrücklich anerkannt (e). Andere ſagen, es ſey eine ſpecielle Ausnahme, zur Aufrechthaltung des letzten Willens (f), und dieſe Erklärung könnte zur Noth zugelaſſen werden. Allein ich halte auch ſie nicht für nöthig, und erkläre die zweifelnde Äußerung Ulpians aus der Natur des vorliegenden Rechtsſatzes. Dieſer enthält eine Abänderung des früheren Rechts, nicht etwa durch eigentliches Geſetz begründet, ſondern durch praktiſches Bedürfniß herbeygeführt, und in dem Reſcript eines Kaiſers anerkannt, das ja kein Geſetz war, ungeachtet der Aufnahme in die Semestria (§ 24). Es konnte alſo als ungewiſſes Recht betrachtet werden, und in dieſer Sachlage konnte ein billiger, nachſichtiger Prätor wohl Grund finden (benigne quis dixerit), den Rechtsirrthum als unverſchuldet anzuſehen, und daher die condictio indebiti zu geſtatten.

Die übrigen Stellen geben weit weniger Schein; die meiſten trifft die gemeinſchaftliche Bemerkung, daß in ihnen eben ſo gut ein factiſcher, als ein Rechtsirrthum vorausgeſetzt werden kann, daß wir alſo dieſen erſt willkührlich hinzu denken müßten, um die Stellen für unſre Frage entſcheidend zu machen.

L. 17 § 10 *ad mun.* (50. 1.). Kann factiſcher Irrthum ſeyn.

(e) *L.* 6 *C. h. t.* eben ſo vor ihm Weſtenberg und
(f) Glück B. 13 S. 145, und Weber, die er anführt.

L. 16 § 2 *de minor.* (4. 4.). Eben ſo; wahrſcheinlich Irrthum über den Inhalt oder die Auslegung des Teſtaments. So iſt wenigſtens die Stelle nach dem Juſtinianiſchen Recht auszulegen; der Verfaſſer der Stelle (Ulpian) wollte wohl ſagen, dieſe Frau würde auch nach ihrer Volljährigkeit durch die Condiction geſchützt ſeyn, weil nämlich zu ſeiner Zeit die Frauen auch durch den Rechtsirrthum nicht leiden konnten (Num. XXXI.). Man muß dann am Ende der Stelle leſen: munita (anſtatt munitus), welches auch durch ſehr alte Ausgaben unterſtützt wird.

L. 10 *C. de cond. ind.* (4. 5.). Es hatte Einer zwey Sachen alternativ verſprochen, und aus Irrthum beide abgeliefert. Darüber waren Alle einig, daß er Eine zurückfordern könne, nur das Wahlrecht war ſtreitig; Juſtinian entſchied für das Wahlrecht des zurückfordernden Schuldners. — Auch hier iſt ein Rechtsirrthum nicht nothwendig vorauszuſetzen; der Inhalt oder die Auslegung der Stipulation konnte zweifelhaft ſeyn, beſonders wenn die Erfüllung nicht von dem urſprünglichen Schuldner, ſondern von dem Erben ausgieng. Hätte ein Rechtsirrthum (über die Natur der Alternativobligation) zum Grunde gelegen, ſo wäre es undenkbar, daß von ſo vielen über die Nebenfrage ſtreitenden Rechtslehrern nicht Einer dieſen Hauptpunkt auch nur der Erwähnung werth gehalten haben ſollte.

L. 16 § 4 *de publicanis* (39. 4.). Wer aus Irrthum dem Zollpächter zahlt, was er nicht ſchuldig iſt, kann es zurück fordern. — Auch hier kann der Irrthum ein facti-

ſcher ſeyn, z. B. in unrichtigem Wiegen der Waare beſtehen. Aber ſelbſt wenn er das Zollgeſetz, z B. den Tarif, betrifft, ſo hat doch die Condiction kein Bedenken. Denn der Zollpächter kennt gewiß das Zollgeſetz; wenn er alſo das indebitum dennoch annimmt, ſo iſt ſein Dolus unzweifelhaft, und dann iſt dieſer, und nicht der Rechtsirrthum des Zahlenden, der Grund der Rückforderung (Num. V. und XXXV.) (g).

L. 38 *de cond. indebiti* (12. 6.). In dem hier beurtheilten Rechtsfall betraf der Irrthum nicht die Rechtsregel, ſondern die Subſumtion der Thatſache, und hatte daher die Natur eines factiſchen Irrthums (Num. I. und V.).

L. 37 *de auro* (34. 2.). Ob die Frauenkleider zu den Ornamentis gerechnet werden ſollten, war eine die Auslegung der Teſtamente betreffende Frage, mithin hatte ein Irrthum darüber blos factiſche Natur. Eine beſtimmte Rechtsregel iſt erſt entſtanden durch die Aufnahme dieſer Stelle in die Digeſten. Auch iſt nicht geſagt, ob der Irrthum des Erben bereits zur Tradition, oder nur erſt zu einer einſeitigen Erklärung geführt hatte, die ohnehin nicht bindend war, und einer condictio indebiti zur Abhülfe gar nicht bedurfte.

L. 79 *de leg.* II. (31. un.). Dieſe Stelle ſpricht von

(g) Selbſt die Worte der Stelle weiſen nicht undeutlich auf den Dolus des Zollpächters hin: „si quid autem indebitum *per errorem solventis* publicanus accepit;" alſo der Zahler allein war im Irrthum, der Publicanus benutzte das, und nahm ſtillſchweigend das Geld an.

einer einſeitigen, ſchon ihrer Form nach nicht verbindlichen, Handlung, wobey es einer Condiction gar nicht bedarf (Num. XXXIV. c).

L. 20 *pr. fam. herc.* (10. 2.). Es gilt hier daſſelbe wie bey der vorhergehenden Stelle (Num. XXXIV. f) Auch iſt dabey nicht einmal geſagt, daß gerade ein Rechtsirrthum zum Grunde gelegen habe.

XXXIX.

Die condictio indebiti giebt außerdem Veranlaſſung, auf eine ſchon oben (Num. III.) aufgeſtellte Anſicht über den Beweis des Irrthums zurück zu kommen. Wo nämlich der Irrthum überhaupt hilft (welches in der Regel nur vom factiſchen gilt), da wird zugleich ſein Daſeyn von ſelbſt angenommen, anſtatt daß bey dem Rechtsirrthum, welcher überhaupt nicht helfen ſoll, auch ſchon das bloße Daſeyn nicht anzunehmen iſt. Daher braucht denn bey der Uſucapion, der mit einem Titel verſehene Beſitzer den factiſchen Irrthum, der die bona fides möglich machte, nicht zu beweiſen: eben ſo der Bonorum Possessor, dem der Lauf der Agnitionsfriſt erſt angerechnet werden kann von dem Tage, für welchen ihm die Kenntniß der Delation zuerſt nachgewieſen werden kann.

Dieſe ganze Anſicht liegt zum Grunde bey folgender Beſtimmung, welche in Anwendung auf die condictio indebiti eine feſtere Regel über die Beweislaſt enthält, als

ſonſt wohl über dieſelbe vorzukommen pflegt (a). Wenn nämlich die Frage ſtreitig iſt, ob die Schuld vorhanden war oder nicht, ſo ſoll der Zurückfordernde das indebitum in der Regel beweiſen, alſo indirect auch den bey der Zahlung vorgefallenen Irrthum: aber nicht etwa wegen der allgemeinen Natur des Irrthums überhaupt, ſondern gerade umgekehrt, nur wegen der beſondern Beſchaffenheit dieſes Falles. Der Grund wird nämlich darin geſetzt, daß nicht leicht Jemand ſo unvorſichtig ſeyn werde, ſein Geld, wenn er Nichts ſchuldig iſt, wegzuwerfen (b): dieſes aber beſonders in dem Fall, wenn außerdem der Zahler als ein ſorgfältiger Mann und beſonnener Haushalter anerkannt iſt. Ausnahmsweiſe aber ſoll gerade das Gegentheil angenommen, und dem Empfänger der Beweis der Schuld auferlegt werden, wenn die Zahlung geſchah von einem Minderjährigen, Weibe, Soldaten, Bauer, oder überhaupt einem Solchen, der aller Geſchäfte unkundig, oder einfältig und ſorglos iſt. Dieſe Eigenſchaften alſo ſollen wieder die Unwahrſcheinlichkeit aufwiegen, daß Ei-

(a) *L.* 25 *pr.* § 1 *de prob.* (22. 3.).

(b) „qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat .... et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, *vel aliquam justam ignorantiae causam* indebitum ab eo solutum" ... Hier erſcheint alſo die justa ignorantiae causa, die anderwärts als Bedingung eines zuläſſigen, nicht völlig verwerflichen Irrthums vorkommt (Num. III.), zugleich als Grund, das bloße Daſeyn deſſelben anzunehmen: und Dieſes iſt praktiſch um ſo wichtiger, als der Irrthum ein innerer Zuſtand iſt, der nur ſelten und zufällig durch unmittelbaren Beweis dargethan werden kann.

ner ſein Geld wegwerfen werde. In der Mitte liegen nun noch manche unentſchiednere Fälle, worin der Richter ein freyes Urtheil nach den individuellen Umſtänden haben muß. Im Ganzen aber liegt die Hauptanſicht zum Grunde, daß der factiſche Irrthum, da wo jene beſondere Unwahrſcheinlichkeit nicht vorhanden iſt, Dem der ihn behauptet, vorläufig wohl geglaubt werden kann.

XL.

Es ſind oben zwey ſcheinbare Principien für die Lehre vom Irrthum geprüft und verworfen worden (Num. VII. VIII.); dieſe laſſen ſich jetzt, nachdem dieſe Lehre im Einzelnen durchgeführt worden iſt, mit noch größerer Sicherheit zu ihrer wahren und ſehr beſchränkten Bedeutung zurückführen.

Das eine lautete ſo: der Irrthum ſchließt das Daſeyn des freyen Willens ſelbſt aus. Was zu einem ſo ſtarken Ausdruck in einigen Stellen des Römiſchen Rechts Gelegenheit gab, waren nur folgende einfache Sätze: Wenn eine Handlung als ſtillſchweigende Willenserklärung gelten ſoll, darf ſie nicht auf Irrthum beruhen, ſonſt würde man ihr durch jene Auslegung Gewalt anthun (Num. XII. Note a und c). Ferner: Wenn eine Handlung ſchon an ſich, ihrer Form nach, keine verbindliche Kraft hat, ſo wird ſie noch weniger als Grund eines Rechts angeführt werden können, wenn ſie auf Irrthum beruht (Num. XXXIV. Note d und o).

Das andere Princip war: Der factische Irrthum hilft in allen Fällen, der Rechtsirrthum nur wenn man Schaden abwenden, nicht wenn man reicher werden will. Dieses sehr eingreifende Princip zeigte sich in den unzweifelhaftesten Anwendungen bald falsch, bald unbrauchbar zu irgend einem sicheren praktischen Resultat. Als wahre Veranlassung ergab sich nur der Satz des älteren Rechts: Frauen haben das Vorrecht, sich eben sowohl auf Rechtsirrthum, als auf factischen Irrthum, berufen zu dürfen, nur mit Ausnahme der Schenkungen. Dieser Satz war im späteren Recht größtentheils aufgegeben worden. Durch ungeschickte Behandlung in der Compilation hatten dann Stellen der alten Juristen, welche jenen Satz enthielten, die trügerische Gestalt angenommen, in welcher sie uns jenes falsche Princip verkündigen (Num. VIII. XXXI.).

XLI.

Nachdem jetzt die Römische Lehre vom Irrthum dargestellt worden ist, wird es nicht uninteressant seyn, einen vergleichenden Blick auf die Behandlung dieser Lehre in neueren Gesetzbüchern zu werfen.

Das Preußische Landrecht stellt den allgemeinen Satz auf: „Es kann sich Niemand mit der Unwissenheit „eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen" (Einl. § 12), wovon es nur eine Ausnahme bey den Strafgesetzen gegen vorher unverbotene Handlungen zuläßt (§ 13).

Bey den Willenserklärungen (I. 4 § 75—82) werden

Regeln aufgeſtellt, die großentheils mit den Römiſchen Grundſätzen über den error in corpore u. ſ. w., jedoch mit manchen Erweiterungen, übereinſtimmen. Dann aber wird ausdrücklich der wichtige Satz anerkannt, daß jeder andere Irrthum die Gültigkeit der Willenserklärung nicht aufhebe, namentlich nicht der Irrthum im Beweggrund, außer wenn der Gegner in dolo ſey, oder das Geſchäft eine blos lucrative Natur habe (§ 83. 148—150). Dieſes ſtimmt im Ganzen mit dem R. R. überein, nur die letzte Ausnahme enthält eine abſichtliche und nicht zu tadelnde Abweichung von demſelben.

Endlich die condictio indebiti (I. 16) wird, ſo wie im Römiſchen Recht, auf Irrthum des Zahlenden gegründet, den Derſelbe zu beweiſen hat (§ 166. 178. 181). Ein Rechtsirrthum aber iſt dazu deswegen nicht hinreichend, weil das Daſeyn deſſelben in der Regel nicht angenommen werden kann (a). Nur der Dolus des Gegners erſetzt jede andere fehlende Bedingung (§ 167).

Im Ganzen alſo wird hier die Rechtsunwiſſenheit mit noch weniger Nachſicht, als im Römiſchen Recht, behandelt, obgleich unſer heutiger Rechtszuſtand eine mildere

(a) Urſprünglich hatte Suarez, dem R. R. folgend, die condictio indebiti wegen jedes Rechtsirrthums ſchlechthin verſagen wollen. Dieſes wurde ſpäterhin verworfen, und die Condiction, dem Grundſatz nach, für jeden Irrthum ohne Unterſchied zugelaſſen. Jedoch iſt dieſe geänderte Anſicht praktiſch nicht erheblich. Denn da in der Regel ein Rechtsirrthum gar nicht als vorhanden angenommen werden darf (L. R., Einleitung § 12. 13), ſo kann man ſich auch zur Begründung der condictio indebiti auf denſelben nicht berufen. Dieſer Gedanke liegt zum Grunde bey L. R. I. 16 § 176. 184

Behandlung wohl rechtfertigen dürfte (Num. IV.). Man wird aber jene Bestimmung natürlich finden, wenn man erwägt, daß bey der Abfassung des Landrechts die Erwartung gehegt wurde, das Recht werde von nun an nicht nur unzweifelhaft, sondern auch der ganzen Nation bekannt seyn. Die angeführte Bestimmung ist ohne Zweifel gemeynt von jedem Rechtsirrthum überhaupt; der Ausdruck aber geht zunächst auf das Daseyn der *einzelnen* Gesetze, indem deren Publication als das einzig entscheidende Moment betrachtet wird. Es ist also dabey nicht beachtet, daß der Rechtsirrthum in den allermeisten Fällen nicht auf der Unbekanntschaft mit dem Daseyn eines einzelnen Gesetzes, sondern auf der Bildung einer unrichtigen, aus vielen Gesetzen abgezogenen, wissenschaftlichen Theorie beruhen wird. Wir müßten daher, zur Rechtfertigung jener Strenge des Landrechts, annehmen, daß Niemand ohne eine leicht vermeidliche Nachlässigkeit in einen solchen theoretischen Irrthum gerathen könne. Dieser Annahme aber steht schon die große Zahl von Gesetzdeclarationen entgegen, die seit der Erscheinung des Landrechts nöthig gefunden worden sind, und die fast immer durch irrige, oder widersprechende, Entscheidungen der mit wohlgeprüften Personen besetzten Gerichtshöfe veranlaßt wurden.

Das Österreichische Gesetzbuch sagt § 2, so wie das Preußische, es könne sich Niemand durch die Unbekanntschaft mit dem Gesetze entschuldigen (b). — Der Irr-

(b) Zeillar Vorbereitung zur Österreich. Gesetzkunde B. 4 S. 84

thum entkräftet den Vertrag nur bey dem Dolus des Gegners (§ 871); nicht, wenn er durch einen Dritten oder den Irrenden selbst (also auch nicht wenn er durch bloßen Zufall) entstanden ist (§ 875. 876). — Die condictio indebiti wird durch jeden Irrthum begründet, auch durch den Rechtsirrthum (§ 1431); welches letzte, verglichen mit der vorher angegebenen Strenge der allgemeinen Vorschrift, nicht ganz consequent scheint.

Das Französische Gesetzbuch scheint im Fall jeder Art des Irrthums die Verträge für ungültig anzusehen (art. 1109). In der That aber ist damit doch nur der error in corpore und Ähnliches gemeynt (art. 1110). Der Irrthum im Beweggrund, wohin namentlich der über den Werth und die Brauchbarkeit der Sache gehört, wird unter der allgemeinen Bezeichnung der lésion begriffen, und gegen diese finden zwar die Minderjährigen allgemein Schutz (art. 1305), die Volljährigen aber in der Regel nicht (art. 1313), und nur ausnahmsweise bey dem Ver-

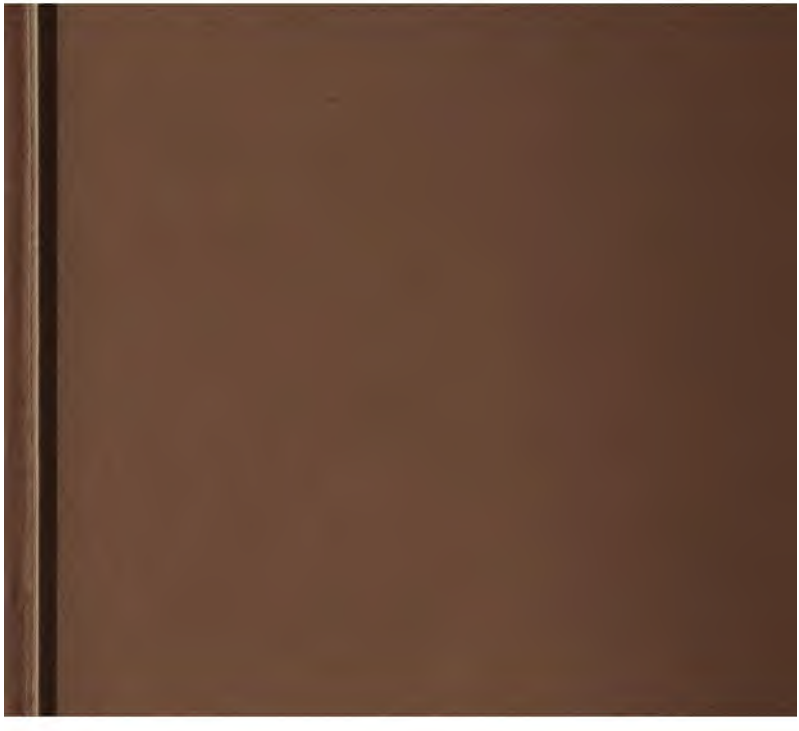
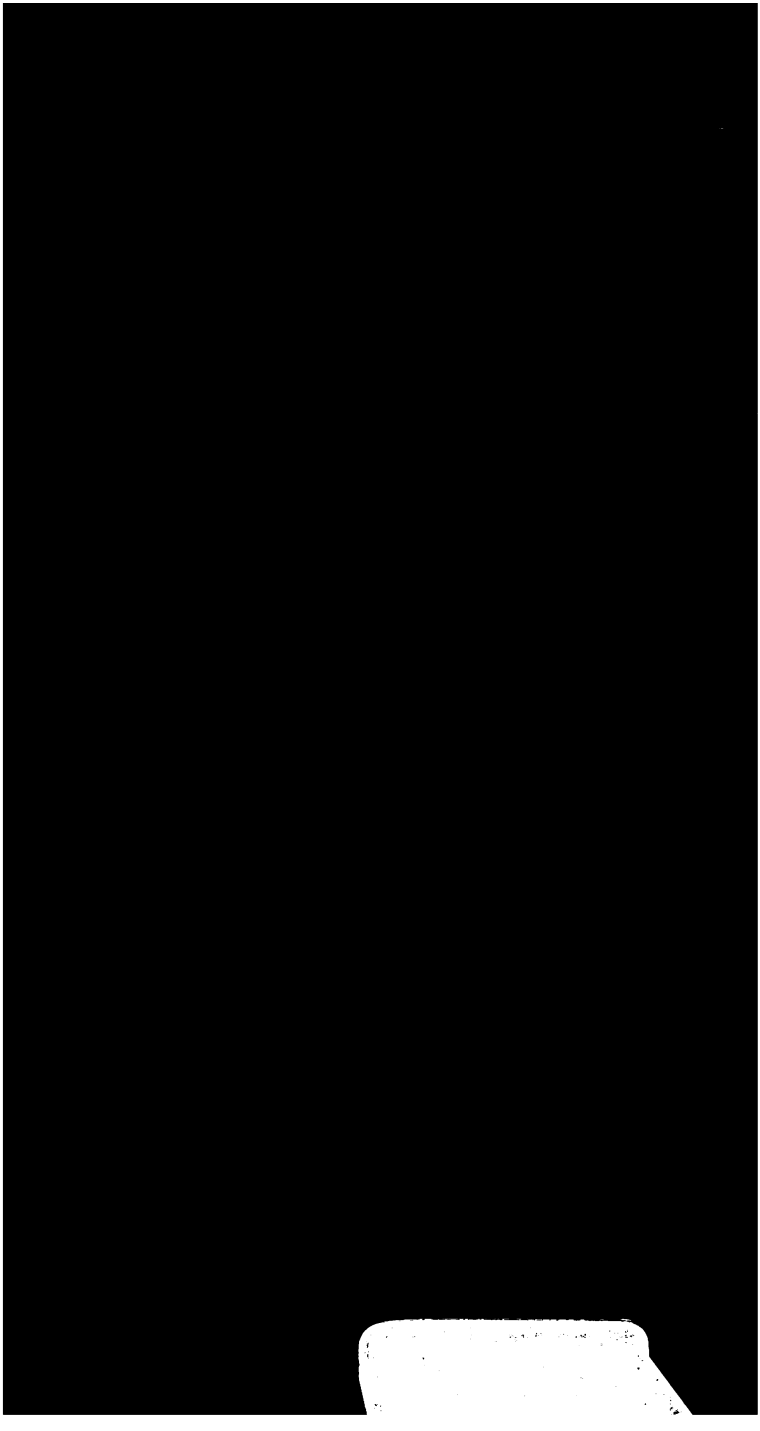
rechtfertigt diese Vorschrift dadurch, daß bey einem guten einheimischen Gesetzbuch selbst der minder Gebildete nicht leicht durch Rechtsunwissenheit in Schaden kommen könne. Das R. R., sagt er, gestattete in mehreren Fällen den Landleuten, Soldaten, Weibern u. s. w. die Entschuldigung der Rechtsunwissenheit. „Bey einer zahllosen Menge unordentlich zusammengehäufter, in einer gelehrten, wenigstens den erwähnten Personen unverständlichen Sprache abgefaßter Gesetze war die Ausnahme billig, ja sie hätte billigerweise schon zur Zeit der Römer .... beynahe auf alle ... ausgedehnt werden sollen." Dabey scheint fast die Voraussetzung zum Grund zu liegen, das Römische Volk habe Wienerisch gesprochen, und deshalb die lateinisch geschriebenen Volksschlüsse und Edicte nicht verstehen können.

kauf eines Grundstücks mit einem Verlust von mehr als $\frac{7}{12}$ des Werthes. — Der Rechtsirrthum wird nur in zwey einzelnen Fällen nachtheiliger, als der factische, behandelt: bey dem gerichtlichen Geständniß (art. 1356), und bey dem Vergleich (art. 2052. 2053). In allen übrigen Fällen stehen beide Arten des Irrthums einander ganz gleich. Namentlich zur condictio indebiti berechtigt jeder Irrthum ohne Unterschied (art. 1235. 1376—1381), und dieser allgemeine Ausdruck wird von den Auslegern und in der Praxis so verstanden, daß auch der Rechtsirrthum zur Klage berechtigt (c). Dieses Letzte ist bemerkenswerth, da Pothier, dessen Lehrmeynungen sonst auf die Bestimmungen des Code überwiegenden Einfluß auszuüben pflegen, für das Römische Recht den entgegengesetzten Grundsatz vertheidigt (d).

Vergleicht man diese gesetzliche Bestimmungen in Beziehung auf die condictio indebiti, so geben sie folgendes merkwürdige Resultat. Das Römische und das Preußische Recht lassen den Rechtsirrthum nicht zu, das Österreichische und das Französische lassen ihn zu. Und betrachtet man diese letzte Bestimmung von dem legislativen Standpunkt aus, so liegt darin eigentlich die praktische Aner-

(c) Merlin Répertoire v. Ignorance § 1. Toullier droit civil T. 6 Num. 59—67 Num. 75. T. 11 Num. 63.

(d) Pothier traités de bienfaisance, Condictio indebiti Num. 162. Anders freylich äußert sich derselbe an einem andern Ort. Pandectae Justin. XXII. 6. Num. 5.

kennung des Umſtandes, daß nach heutigem Rechtszuſtand weniger, als nach dem Römiſchen, der Rechtsirrthum des Zahlenden den Vorwurf großer Nachläſſigkeit begründen könne (Num. XXXV.). Dieſe eingetretene Veränderung iſt in den erwähnten Geſetzgebungen dahin ausgebildet worden, daß die Präſumtion in Beziehung auf Verſchuldung nunmehr auf die entgegengeſetzte Seite gelegt worden iſt.

Gedruckt bei den Gebr. Unger.